PROLEGÓMENOS

DEL DERECHO

POR

D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA.





SEXTA EDICION CORREGIDA Y AUMENTADA.



MADRID, 1871.

Librería de SANCHEZ, calle de Carretas, núm. 21.



día 5 de Junio de 1874 a los ...
de edad y 7 meses de casado.

Licenciado con nota de Sobresaliente
el 3 de Octubre de 1878 a los 27 años
edad 5 de casado con 2 hijos de ...
años y 2 cuñados de 15 y 13

PRÓLOGO.

Cuando el Gobierno, aconsejado por la experiencia y por el ejemplo de célebres establecimientos literarios, ordenó en el Real Decreto de 1.° de octubre de 1842 que se diera principio á la carrera de Jurisprudencia por los *Prolegómenos del Derecho*, nos convencimos de la necesidad de formar un libro, que acomodándose á las condiciones de la nueva asignatura, pudiera servir de texto elemental en que los principios estuvieran reducidos á su mas sencilla expresion y colocados en el lugar correspondiente. Tres años despues tuvimos ocasion de poder dedicar algun tiempo á la obra que habiamos reputado indispensable, y la dimos á luz sin pretensiones de satisfacer cumplidamente su objeto, y con el único deseo de llenar la necesidad del momento, estimulando á otros á que ensayáran sus fuerzas en el mismo terreno. El público se mostró indulgente

con nuestro trabajo, el Gobierno, oido el Real Consejo de Instruccion pública, lo calificó de útil para la enseñanza, y la mayor parte de las Universidades lo adoptaron por texto de sus lecciones. Agotada la primera edicion, publicamos la segunda con algunas adiciones y variaciones que fueron reproducidas en la tercera.

En la cuarta hicimos bastantes adiciones, y las correcciones que nos parecieron convenientes, pero sin variar la índole de la obra, ni aun su método en la parte sustancial, y sujetándonos á los límites que le señalamos desde el principio.

Ahora la adicionamos de nuevo para que llene mas cumplidamente el fin que nos propusimos, y conservando el carácter elemental que siempre hemos dado á esta obra, en la persuasion de que si hiciéramos mas, dejaria de llenar el objeto que nos propusimos al escribirla.



PROLEGÓMENOS DEL DERECHO.

CAPITULO PRELIMINAR.

El título de *Prolegómenos del Derecho* que damos á este libro, es el que en la nomenclatura oficial tiene el estudio con que han de inaugurarse las asignaturas de la Facultad de Derecho. El objeto de su enseñanza es, segun el espíritu de los reglamentos universitarios (1), dar á los jóvenes legistas una idea general de la ciencia á que se dedican, hacerles conocer las partes en que se divide, é inspirarles el sentimiento de la dignidad del abogado.

El lugar señalado á esta asignatura en el órden de los estudios académicos, los pocos dias

(1) Real Decreto de 1.° de octubre de 1842, por el que se creó esta asignatura, adoptado en lo concerniente á ella por los varios planes que despues han alterado el órden de estudios en la Facultad de Derecho.

que pueden consagrarse á su enseñanza, la misma denominacion que el Gobierno eligió para designarla, y las materias que le adjudicó, marcan los reducidos límites á que debe sujetarse el que tome á su cargo escribir un libro elemental, que pueda servir de texto en las escuelas.

Dáse generalmente el nombre de *Prolegómenos* á los tratados que, como preliminares, se ponen al frente de algunas obras científicas con objeto de establecer algunos principios generales que han de desenvolverse despues, para que asi preparados los lectores tengan una guia que facilite su estudio. Los *Prolegómenos del Derecho* deben por lo tanto limitarse á ser una introduccion á los estudios jurídicos, ó, si se quiere, una especie de tablas sinópticas de los tratados que abraza la ciencia del Derecho.

Dentro de círculo tan estrecho ni caben altas pretensiones científicas, ni profundas, filosóficas y abstractas teorías. La obra que tuviera semejantes tendencias, no serviria ciertamente para libro de texto de *Prolegómenos del Derecho*, y en lugar de ser el hilo que encaminase á los jóvenes en el vasto é intrincado laberinto de la ciencia, vendria á convertirse en un guia infiel que los estraviaría.

Por estas razones hemos creido que no debiamos seguir el ejemplo de los jurisconsultos extranjeros, que al escribir sus introducciones

ó sus *enciclopedias* del derecho, han tratado de los mismos principios jurídicos, presentándolos, aunque concisamente, bajo un aspecto, si bien general, profundamente filosófico é histórico, y enriqueciendo sus obras con indicaciones y notas bibliográficas. Tributamos de buen grado el reconocimiento á que son acreedores los que tomando sobre sí mision tan árdua, han acertado á llenarla cumplidamente, y á explicar para gloria de sus nombres, y con extension bastante, el principio de unidad y cohesion que enlaza las diferentes partes de la ciencia. Pero nuestro propósito es mas humilde, puesto que se limita á hacer un bosquejo sobre el mismo asunto que ha servido á otros para obras grandiosas y acabadas. Pretendemos solamente enseñar á los jóvenes juristas la geografía, digámoslo asi, de la Facultad que van á comenzar.

Circunscribiéndonos de este modo casi exclusivamente al aspecto exterior de la ciencia, expondremos con brevedad las ideas fundamentales sobre que descansa, la unidad íntima de las diferentes partes que la constituyen, el objeto especial de cada una de ellas, su encadenamiento y recíproca dependencia, la necesidad de conocerlas todas, si no en sus pormenores, al menos en conjunto, los estudios auxiliares que requieren, y una nocion sucinta de los progresos que la ciencia ha hecho en la série de los siglos: ta-

rea, sin duda, fácil para muchos, pero de cuyo mediano desempeño nos hace desconfiar la debilidad de nuestras fuerzas.

No es nueva la idea de hacer preceder al estudio del Derecho una introduccion general, que al paso que manifieste el carácter de unidad impreso en toda la ciencia, contribuya al desarrollo intelectual de los que dan los primeros pasos para llegar á conocerla. Los progresos de la jurisprudencia, que han venido á erigir en ciencias, hasta cierto punto independientes, sus diversas partes, la multiplicidad de fuentes de que se deriva, y el ensanche que las necesidades nuevas, las leyes y las costumbres han ido dando sucesivamente á las reglas jurídicas, demostraron ya en el siglo XVI la conveniencia de poner bajo un solo punto de vista como estudios preparatorios los conocimientos que, por pertenecer al conjunto de la ciencia, no tenian un lugar especial y propio en ninguno de sus ramos diferentes.

Así es que en el mismo siglo y en el siguiente vieron la luz pública muchos escritos metodológicos precursores de las numerosas obras que bajo el nombre de *Enciclopedias* se han publicado durante los últimos tiempos, especialmente en Alemania.

Ni la índole particular de nuestros antiguos métodos de enseñanza favorecia esta tendencia, ni nuestros escritores juristas en general se ma-

nifestaron afectos á escribir tratados elementales, de tal modo que hasta el último tercio del siglo anterior carecimos de unas verdaderas instituciones de nuestro derecho, á pesar de que este por su extension, por su importancia y por su uso diario debia con preferencia ocupar las plumas de nuestros jurisconsultos.

Pero no puede decirse que por esto desconocieron la utilidad del estudio preliminar de que tratamos. El particular esmero con que los catedráticos explicaban los dos primeros títulos de las Instituciones del Emperador Justiniano (1) comprensivo de lo que en el lenguaje escolástico se llamaba *Derecho constituyente*, las contínuas referencias que hacian á sus doctrinas en la série de los años académicos, procurando enlazarlas con todas las asignaturas y con todos los tratados de cada asignatura, la frecuencia con que sus textos servian para las conclusiones que eran objeto de defensa y de impugnacion en las lizas de la escuela, son pruebas evidentes de que dispensaban á la idea que mas tarde ha prevalecido, la atencion posible en aquellos mal combinados sistemas de enseñanza.

Mas el estudio de las doctrinas preliminares que en otros tiempos se reputaba suficiente, seria hoy en extremo defectuoso, porque ni los dos ti-

(1) *De justitiâ et jure, y de jure naturali, gentium et civili.*

tulos primeros de las Instituciones de Justiniano están á la altura de los conocimientos jurídicos y de las necesidades actuales, ni es conveniente considerar en el estrecho círculo del derecho de un Estado principios generales que pertenecen á la ciencia, mas bien que á las instituciones de los pueblos.

Grande utilidad han de reportar los jóvenes, á nuestro modo de ver, en el corto tiempo que dedican á la asignatura de los *Prolegómenos del Derecho*. Bastaria para demostrarlo la excelencia del nuevo método, en que se presentan de una vez y formando cuerpo de doctrina estudios que, ó se seguian antes bajo un aspecto exclusivo, ó se ofrecian solamente por incidencia, ó no tenian en fin lugar determinado en la carrera. Pero hay además otras consideraciones no menos atendibles, que recomiendan la reforma introducida en los planes modernos de la Facultad de Derecho.

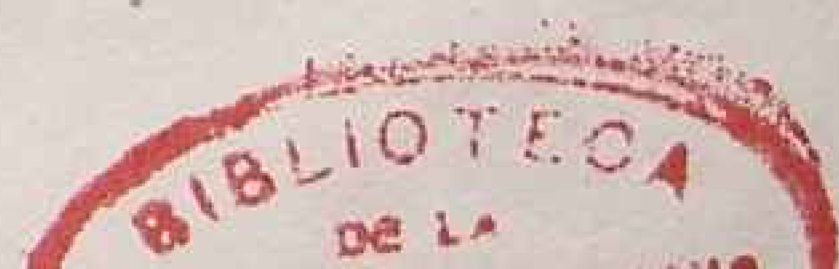
Teniendo los jóvenes juristas por el método nuevo ocasion de conocer desde los primeros pasos de su carrera la importancia de cada una de las partes de la ciencia, y el enlace y relacion que las une, se sobrepondrán á esas miras estrechas y exclusivas que son tan perjudiciales: el atractivo que ofrece el conjunto de todos los ramos del saber que afectan al Derecho, ennoblecerá á sus ojos la Facultad á que se dedican, y contri-

buirá á inspirarles amor al estudio y al trabajo: percibiendo desde luego los vínculos íntimos que existen entre las luces de la ciencia y los intereses de la vida real, sabrán evitar el peligro de entregarse á teorías impracticables, así como de ser empíricos y de querer convertir, poco menos que en un oficio mecánico, la sublime ciencia que ha sido objeto de los desvelos de tantos varones eminentes, y por último, observando la union que existe entre sus estudios preparatorios de literatura, de historia y de filosofía con los de la carrera en que entran, se dispondrán á hermanarlos, á cultivarlos simultáneamente, y dar algun dia á su noble profesion todo el lustre que necesita para bien de la sociedad y de los hombres.

CAPITULO I.

De la sociedad, del Estado, del Gobierno y del poder.

El hombre es sociable por su misma naturaleza: el sentimiento de su debilidad individual, que le hace conocer que solo es fuerte é inteligente uniendo su fuerza y su inteligencia á los demás séres de su especie, lo arrastra de un modo irresistible á la sociedad. El llamado por algunos *estado natural*, que lo supone aislado, errante y envilecido hasta el punto de igualarse con los



brutos, no es conforme á sus relaciones con los séres que lo rodean, se opone al sentimiento de su destino moral, al principio natural de su conservacion tan profundamente grabado en su alma, á todas sus afecciones, y hasta al uso del magnífico don de la palabra con que lo enriqueció el Hacedor Supremo, y está en contradiccion con el orígen que á la sociedad dan la conciencia, la revelacion, la tradicion y la historia.

De lo dicho se infiere que es inexacto el aserto de los escritores que enseñan que el hombre al entrar en sociedad hizo cesion de parte de sus derechos. Esto, además de fundarse en una ficcion, equivale á suponer que el salvaje tiene mas derechos y mas seguridad en su disfrute que el hombre civilizado. El *pacto social* pues, considerado como una convencion hecha por el hombre que se unió á sus semejantes para encontrar en la fuerza comun la garantía de sus derechos naturales, es una quimera que partiendo del principio inexacto de una igualdad perfecta entre todos los séres de la especie humana, se funda en el error de que la aceptacion de las obligaciones sociales es el sacrificio de una parte de la libertad natural que al hombre corresponde.

Pero si esta convencion no ha existido, no puede negarse el consentimiento tácito ó al menos el presunto, consentimiento individualmente manifestado y renovado todos los dias en las relaciones recíprocas entre la sociedad y los asociados, en virtud del cual cada uno toma parte en los deberes y en las ventajas que resultan de la sociedad, y se sujeta á cumplir las leyes y á obedecer á los magistrados á quienes está encomendada su ejecucion. Solamente en este sentido, y no en otro, admitimos el pacto social. Segun él, consideramos en la sociedad la obligacion de guardar los derechos individuales, y de proteger á los asociados, y en los asociados la obligacion de obedecer á la sociedad, puesto que sin esta idea mútua de autoridad y de sumision seria imposible el estado social. De estas ideas, si no teóricamente desenvueltas, al menos instintiva y prácticamente conocidas, está dominada la especie humana en todos los tiempos, en todos los paises, y del mismo modo en su grado de barbarie que en el de la civilizacion mas adelantada, y la acompañan por do quiera que va. El grupo de náufragos que se salva en una isla antes desierta, allí las lleva con sus hábitos sociales, con sus costumbres, con su religion, con su habla y con las reminiscencias del país ó de los paises de que proviene.

Mas á pesar de que consideramos que admitir un estado natural primitivo es despojar al hombre de la sociabilidad, de este sentimiento moral que lo impele á vivir con los demás hombres, y

que es su ley providencial, debemos confesar que semejante abstraccion, como una mera hipótesis, ha sido útil para examinar la base, los principios y las consecuencias del estado social, y para separar los deberes y derechos absolutos, esto es, los que se extienden á todos los individuos de la especie humana, de aquellos que se limitan á los habitantes de un mismo pueblo, ó de otro con quien haya vínculos de alianza; en una palabra, para considerar en sus distintas relaciones al hombre y al ciudadano.

El verdadero cimiento de la sociedad, ya se la considere en su orígen, ya en la série de los tiempos, es la familia, porque las familias primitivamente la formaron, y por medio de las nuevas generaciones la alimentan. Diremos mas: la base moral y organizadora de la sociedad fué la familia, porque los hábitos de órden, las ideas de precepto y de sumision, y las máximas de moralidad y de justicia han nacido en las familias, y con las familias han pasado á la tribu y de la tribu al Estado. Los legisladores por sí solos hubieran sido impotentes para hacer estas grandes creaciones, si al menos una subordinacion natural, nacida y fortificada en el hogar doméstico, no les hubiera allanado el camino.

Así, observamos que cuanto mas se acercan los pueblos á su orígen, mas presentan el aspecto patriarcal de la familia y de la tribu. En ellos la

religion y la moral figuran en primer término entre los objetos del legislador, que se muestra menos solícito de fijar las relaciones recíprocas de los ciudadanos; las costumbres suplen frecuentemente la carencia de ley; los jueces ejercen una autoridad casi paternal, y las instituciones públicas, las magistraturas y las leyes están rodeadas de fórmulas sagradas, para conciliarles la misma veneracion y respeto que si hubieran descendido del cielo.

De lo hasta aquí espuesto se infiere que el estado social es una ley que el hombre no puede eludir, porque no puede ir contra su naturaleza sin renunciar á su destino y á su fin terrenal, que es el desenvolvimiento sucesivo y armónico de todas sus facultades en sus relaciones con los séres que lo rodean. Este mismo es el fin de la sociedad.

El instinto de la propia conveniencia, ó quizás aun mas, la inflexible ley de la necesidad, obligó frecuentemente á las familias y á las tribus á hacer emigraciones, y las mismas causas, los pactos y las conquistas reunieron á otras que antes no tenian un vínculo comun de dependencia. Hé aquí el orígen de las diferentes sociedades civiles, esto es, de las distintas asociaciones de personas que mútuamente se dan proteccion contra los ataques de los que no respetan sus derechos. Cuando se considera á estas sociedades encerradas en ciertos

límites geográficos, siguiendo determinadas reglas, y con independencia de las demás, se les da el nombre de *Pueblos* y el de *Naciones*, atendiendo á su orígen y al modo sucesivo con que se han formado, y el de *Estados* cuando se los considera como asociaciones ligadas por el vínculo comun de las mismas leyes con organizacion política, con medios y con poder para proteger los derechos generales de la asociacion y los de cada uno de los asociados.

Difícil es señalar los límites de esta asociacion en sus relaciones con los individuos que las componen; materia árdua que ha dado lugar, especialmente en los tiempos modernos, á graves y complicados problemas y á las mas contrarias opiniones. Acerca de este punto pasamos á hacer indicaciones ligeras segun lo permite la índole de estos Prolegómenos.

En el carácter municipal y exclusivo que tuvieron originariamente las instituciones políticas del pueblo romano, se denominó *Ciudad (civitas)* á lo que nosotros llamamos *Estado*. En él la palabra *civitas* significaba la asociacion de los que por ser ciudadanos estaban sujetos á las obligaciones que este carácter imponia á los que lo tenian al mismo tiempo que gozaban de los grandes derechos que estaban anejos á la ciudadanía. Pero la diferencia del nombre no varía la naturaleza de las cosas.

Tanto el pueblo romano, como los demás pueblos de la antigüedad, consideraban á la sociedad, al poder público, al Estado, como la representacion única y viva de todos los derechos, de todos los intereses y de todas las fuerzas sociales, como el encargado del órden y de la seguridad general, primera é ineludible necesidad de los pueblos, y de satisfacer las demás necesidades de los asociados, ya pertenecieran al órden físico, ya al moral. Sobreponíase el *Estado* á todas las instituciones: su autoridad no tenia límites; puede decirse sin exageracion, que dominado casi exclusivamente por la conveniencia y utilidad general, absorbia toda la accion de la sociedad, teniendo muy en poco los derechos individuales de los asociados, que casi siempre eran sacrificados á lo que la salud pública exigia.

Los pueblos modernos se separan en este punto de los antiguos. Rechazando por regla general las diferencias de la condicion social de las personas, proclamando el principio de igualdad ante la ley, no distinguiendo á los hombres ni por su raza, ni por la distinta procedencia de los que corresponden á una misma asociacion política, ni por la diferente posicion que ocupan atendida su capacidad, su riqueza, ó las funciones que ejercen, consideran que el Estado es no un fin, sino un medio de satisfacer las necesidades sociales, que no es omnipotente, sino que por el contrario su

autoridad tiene limites intraspasables, que no puede violar los derechos esenciales inherentes al hombre, que su soberanía ha de subordinarse á los principios eternos del derecho y respetar el destino providencial de la humanidad. Cierto es que no han desaparecido por completo en algunos Estados las antiguas diferencias en la condicion de los hombres, y que en otros dominados por la barbarie y la ignorancia no han penetrado aun los principios que aquí exponemos estando aun lejano el dia en que todos los Estados se sujeten á los límites que la razon y el derecho les señalan; pero los progresos de la civilizacion que se extienden por do quiera, completarán sucesivamente en el órden material la revolucion que lentamente, pero sin intermision, se está verificando en las ideas.

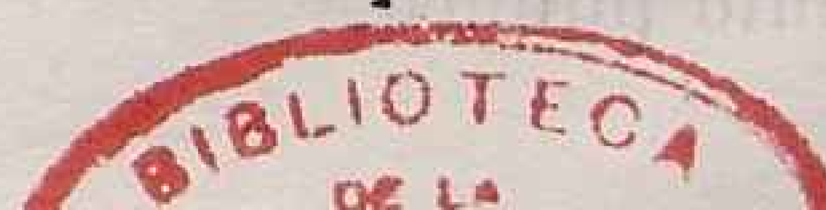
A esta cuestion de los límites de la autoridad del Estado, se vá dando en estos últimos tiempos una importancia desconocida antes. Las formas de gobierno por que se rigen los Estados, la armónica division de los poderes públicos, la mayor ó menor intervencion del pueblo en el ejercicio de las funciones soberanas y en la gestion de los asuntos procomunales, son sin duda medios que pueden contribuir grandemente al buen órden y gobernacion de los Estados. Pero las Constituciones políticas por sí solas no son, no pueden ser base firme de la libertad. Cuando el Estado,

cuando los poderes públicos no se moderan, cuando no reconociendo barreras á su autoridad, se consideran exentos de toda clase de trabas, la libertad natural de los súbditos y sus derechos individuales más sagrados peligran, cualquiera que sea la forma constitucional de sus instituciones políticas. Desgraciadamente la experiencia nos presenta en este siglo numerosos ejemplos que lo comprueban.

La dificultad grande consiste en señalar los verdaderos límites de la accion del Estado, punto sobre el cual están discordes filósofos y publicistas, cuya diferencia de opiniones, más bien que para esclarecer la cuestion ha servido para confundirla.

Quisieran algunos que la accion del Estado se limitara exclusivamente á la proteccion exterior de la Nacion y de los ciudadanos, al sostenimiento del órden público, á la seguridad de las personas y de los bienes, y á que la justicia estuviera bien administrada. Los que así opinan, mutilan, á nuestro entender, al Estado de atribuciones que le son absolutamente indispensables, si ha de llenar su mision que está llamado á satisfacer en beneficio general de todos los asociados.

Sostienen otros, principios absolutamente opuestos, dando á la accion del Estado gran latitud, queriendo que descienda á todas las esferas de la actividad humana, de modo que el órden materila



y moral dependan casi exclusivamente de él, reduciendo en parte á los ciudadanos á la nulidad, mermándoles su libertad, rebajándoles en su consideracion social, dando al Estado el derecho de que dirija sus acciones y viniendo á colocarlos en una especie de tutela sin límite conocido. Esto á lo que entendemos es insostenible, porque está en contradiccion con la libertad y los derechos imprescriptibles del hombre.

En medio de tan encontradas opiniones, algunos escritores ilustres del siglo en que vivimos, han entrado en investigaciones profundas sobre los verdaderos límites de la autoridad del Estado, y establecido diferentes teorías, de las que ninguna ha llegado á conciliarse la opinion general. En lo que al parecer hay menos contradiccion, es en no reconocer derechos absolutos, por estar limitados los correspondientes á los individuos por sí mismos y por los del Estado, y los del Estado por las individualidades, y en que la prudencia recomienda no exagerar los derechos de aquel ni estos, procurando equilibrarlos moderándolos y teniendo en cuenta las circunstancias de tiempos y lugares. Esta es la solucion natural posible, práctica y expuesta á menos inconvenientes, y lo que deben tener presente los legisladores, que en último resultado se sobreponen, y con razon, á las teorías que no han llegado á conquistar el asentimiento público.

A la idea de sociedad y del Estado va aneja la de *Gobierno*: la proteccion y defensa de los intereses de los asociados supone la cooperacion de todos, y esta cooperacion seria imposible sin un vínculo de unidad que formara de los esfuerzos individuales un solo esfuerzo, que les diera impulso y que dirigiera su accion. De otro modo, quedarian completamente abandonados los intereses permanentes y generales de los asociados al choque de los intereses individuales, y sin correctivo las pasiones y malos instintos de los que en su desbordamiento quebrantaran los principios eternos del derecho y las reglas necesarias para el órden y concierto de los Estados. Tal es el orígen del Poder político ó del Gobierno, esto es, de la representacion vigorosa, activa, continua y vigilante del Estado, que abraza las fuerzas de los que lo componen y las dirige á la realizacion del fin social. Segun esto, los Gobiernos tienen la mision de dirigir á sus subordinados dentro de una esfera de accion mas ó menos lata, conforme á las reglas constitutivas de cada Estado, sin perder de vista los fines de su institucion. A las facultades de que para la consecucion de este objeto están investidos los Gobiernos, se les da el nombre de *poder*.

El *Gobierno*, pues, y el *Poder* no son una mera creacion artificial, obra exclusiva de la ley, por mas que en las leyes se señalen la extension, lí-

mites y condiciones de su ejercicio: existian antes de la ley, la cual no puede concebirse sin legislador, ó lo que es lo mismo, sin un poder de que emane: nacen de la sociedad misma, que de otro modo no podria existir, y con mas ó menos energía se ven en toda reunion de hombres, desde los Estados mas adelantados en la carrera de la civilizacion, hasta las tribus de salvajes que tienen una vida nómade, y que mas que obedientes á la razon, parecen guiadas solamente por instintos feroces y repugnantes á veces á las leyes eternas del órden moral y á los principios fundamentales del derecho. Hasta los mismos malvados para concertar sus crímenes y llevar el espanto y la consternacion á la sociedad, al Estado, á la familia ó á los individuos, buscan en la idea del gobierno, esto es, en la atribucion de dirigir concedida á uno, y en la mayor ó menor sumision que los otros le prestan, el medio de realizar el infame propósito que conciben. Tan inseparable es del hombre la idea de que no puede existir asociacion alguna sin una direccion que la empuje á la consecucion del objeto que se propone.

El Poder, esta funcion esencial, debe ser usado de la manera que exijan los intereses sociales y políticos, y dirigido á procurar la felicidad general, sin separarse de los principios inalterables del derecho, y sin falsear los fines de su institucion. Así ejercido, es legítimo, porque aunque

sea vicioso en su orígen, se purifica con el trascurso lento y sucesivo de los tiempos, y trasformándose, hace olvidar la bastardía de su cuna por su respeto á la justicia y por el afan con que procura satisfacer al fin único para que son instituidos los Gobiernos. La adhesion de los asociados, los actos expresos ó tácitos con que estos manifiestan su conformidad con el poder y el bien público, concluyen por hacer legítimo lo que al principio no podia ser así considerado.

De las diferentes formas de gobiernos, de los medios y diversas combinaciones que han sido empleados para conseguir el fin de su institucion, haremos, al tratar del derecho político, las indicaciones convenientes.

Pero las sencillas reglas reconocidas como justas y obligatorias, sin necesidad de una sancion humana, las costumbres y las tradiciones que la sociedad recibió de la familia, si bien eran suficientes para su formacion, hubieran sido diminutas para su desarrollo. Necesitábanse otros preceptos que, siendo la expresion de la voluntad social fijasen las bases conservadoras de la asociacion, sus elementos morales y religiosos, las relaciones mútuas de los individuos, las instituciones que garantizasen el cumplimiento de los preceptos, y para decirlo de una vez, que comprendiesen las reglas de accion que pudieran ser necesarias ó útiles á los asociados. Estos precep-

tos recibieron el nombre de *leyes*, que no hubieran sido obedecidas á no estar dominada la sociedad por el sentimiento de la justicia, y á no contar con medios coercitivos para que fueran respetadas.

CAPITULO II.

De la Justicia.

Las leyes serian desobedecidas, hemos dicho al terminar el capítulo anterior, si la sociedad no estuviera dominada del sentimiento de la *justicia*; pero es importante fijar bien la significacion de esta palabra, limitándola al sentido jurídico, que es el único bajo el cual nos toca considerarla.

La antigüedad, valiéndonos de las mismas frases de un escritor moderno (1), confundia la idea de la justicia con la del Estado y con la de la sociedad. La justicia, á su modo de ver, comprendia todas las relaciones humanas, políticas y civiles, y constituia la universal armonía del mundo moral y de la humanidad. No es de extrañar por lo tanto que los jurisconsultos, imbuidos en el espíritu de la filosofía del Pórtico, consideraran á la justicia mas con relacion á la moral que al derecho cuando trataron de definirla.

(1) Mr. Lerminier.

El célebre Ulpiano, filósofo estóico y jurisconsulto á la vez, dió de la justicia una definicion que fué la generalmente seguida en el Derecho romano, y mas todavía despues que el Emperador Justiniano la revistió de su autoridad insertándola en sus famosas Instituciones. *Justicia*, nos dice, *es la constante y perpétua voluntad de dar á cada uno su derecho* (1). Segun esta definicion, la justicia estriba en la resolucion firme de obedecer á las leyes. Pero bien la tomemos en este sentido literal, bien consideremos las palabras *constante y perpétua voluntad* como equivalentes á la de *virtud* segun pretenden algunos, fundándose en que esta era la significacion mística de aquella frase en la filosofía estóica, resultará siempre que se halla definida la justicia en un sentido moral, porque la voluntad, la intencion no caen bajo el dominio del derecho, que por su índole extiende su imperio soberano únicamente sobre los actos exteriores.

El mismo juicio debemos formar de la definicion que las Partidas (2) nos dan de la justicia: *raygada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da, é comparte á cada uno su derecho egualmente.* Definicion traducida

(1) *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens* (§. inicial, tít. I, lib. I de las Instituciones del Emperador Justiniano).

(2) Ley 1.ª, tít. I, Part. 3.ª

elegantemente de la del Derecho romano que dejamos expuesta.

Este doble aspecto de la justicia ha hecho que algunos la dividan en *interior* ó *jurídica* y en *exterior* ó *moral*, segun se refiere al fuero interno ó al externo, buscando la diferencia entre una y otra en el diverso móvil que incita al hombre á ser justo, ya sea la conciencia, ya el temor á ser compelido físicamente á cumplir con su deber.

La justicia en sentido jurídico no es, no puede ser mas que lo obediencia á todos nuestros deberes jurídicos, ó lo que es lo mismo, capaces de coaccion exterior. Aun considerada asi y sin relacion á su carácter eminentemente moral, es la base fundamental de la Sociedad, del Estado y del Gobierno, el alma del cuerpo político, y la garantía de todos los derechos y de todos los intereses legítimos. Sin leyes positivas puede concebirse la idea de la existencia de una sociedad primitiva; mas sin la justicia, esto es, sin la obediencia práctica de los asociados, ó al ménos de su mayor parte, á los principios cardinales de todo derecho, y á las reglas de equidad que tradicionalmente sirven para dirigir las relaciones mútuas de los individuos, la idea de toda sociedad es imposible.

Pero debemos advertir, que si bien la significacion jurídica de la palabra *justicia* es la que acabamos de manifestar, no siempre en la ciencia tiene una accion igualmente rigurosa. Así sucede cuando no se aplica al súbdito que ha de obedecer, sino al legislador que manda, para dar á entender que no es omnipotente, y que en el ejercicio de su poder debe sujetarse á las reglas morales que gobiernan el mundo, á las que la razon enseña á todos los hombres, y á las que la vida y el desarrollo de los pueblos hacen convenientes y necesarias. En este sentido se dice que las leyes deben ser justas, y se tacha de injustas y bárbaras á las que no se conforman á tales condiciones (1).

(1) No creemos conveniente detenernos en las divisiones de la justicia, porque ni las encontramos exactas ni de utilidad verdadera. La de justicia *universal* y *particular* que hizo Aristóteles refiriendo aquella al ejercicio de todas las virtudes con los demás hombres, y esta á la de dar á cada uno lo suyo, es defectuosa, porque el segundo miembro está comprendido en el primero, y solo la particular es la que tiene una significacion rigurosamente jurídica. La subdivision que el mismo Aristóteles hizo de la justicia particular en *conmutativa* y *distributiva*, es sutil y tiene el inconveniente de no ser siempre cierta la base de seguirse en la primera la proporcion aritmética, y la geométrica en la segunda que seria el resultado práctico que la haria recomendable. Por último, la division de la justicia en *explectriz* y *atributriz*, inventada por Groot, que refirió la explectriz á los deberes perfectos ó exigibles, y la segunda á los que no son de precisa observancia, tampoco es jurídica, porque los deberes que no admiten coaccion externa, no entran en el dominio del derecho.

CAPITULO III.

De las leyes.

Los escritores juristas han investigado el orígen de la palabra *ley* en todos los idiomas, pretendiendo encontrar analogías con la idea que representa. Ciceron (1) dice que en la Grecia se llamó así por la igualdad con que atribuia los derechos, y en Roma por la eleccion que hacia de lo mas conveniente: etimologías singulares y artificiosas que no parecen probables, porque no lo es en los pueblos nacientes designar las cosas bajo un punto de vista abstracto y metafísico. Nuestras leyes de Partida (2), al llamar *leyenda* á la ley, han derivado su denominacion de la necesidad de que esté escrita. Poco afectos á cuestiones etimológicas, no reputamos de grande utilidad entrar en investigaciones que pueden ser eruditas, pero que tienen mas de caprichosas que de verosímiles.

(1) *Eamque rem illi à Græco putant nomine, suum cuique tribuendo appellatam; ego nostro, à legendo. Nam ut illi æquitatis, sic nos delectus vim in lege ponimus; et proprium tamen utrumque legis est* (De leg. I, 6).

(2) *Leyenda en que yace enseñamiento, é castigo escripto que liga é apremia la vida del home, que non faga mal, é muestra é enseña el bien que el home debe facer, é usar* (Ley 4.ª, tít. I, Part. 1.ª).

La palabra *ley*, en su sentido mas absoluto y general, significa *una regla de accion, reconocida como necesaria*, y comprende tanto á las cosas animadas como á las inanimadas, tanto á los séres dotados de razon como á los irracionales. En esta acepcion las reglas generales é inalterables del órden físico y material, son leyes: así los astros, siguiendo uniformemente su carrera, las cosas abandonadas á sí mismas, buscando el centro de gravedad, y la vida vegetal y la animal en su nacimiento, en su desarrollo y en su extincion, obedecen á las leyes precisas é indeclinables. Pero esta significacion de la palabra *ley* tiene mas de metafórica que de literal ó jurídica, á no ser que consideremos á la naturaleza bajo un punto de vista puramente religioso, en que cada fenómeno natural está cumpliendo las órdenes del Hacedor Supremo.

En otro sentido menos extenso, aunque bastante lato, la palabra *ley* se limita á los séres racionales, pero considerándolos, no precisamente en el estado de sociedad civil, sino con mas generalidad, y obedeciendo á reglas permanentes que no son el resultado de un principio material. En esta acepcion hay leyes naturales colocadas en un órden muy superior á las humanas; mas nosotros dejamos esta materia para tratarla al explicar la teoría del derecho natural.

La significacion rigurosa y estricta de la pa-

labra *ley* debe tomarse considerando al hombre como miembro de la sociedad civil. Bajo este aspecto, hemos visto muchas definiciones de ella, y en verdad que muchas pueden darse segun las diferentes bases bajo que sea considerada. El publicista, al definirla, solo suele tener presente su formacion; el jurisconsulto la extension y la fuerza de sus preceptos, y el teólogo y el moralista no se excusan de entrar á examinarla en el terreno de la religion y de la conciencia. Nosotros, fieles al fin que nos proponemos al escribir este opúsculo, la definimos: *la expresion solemne y obligatoria de la autoridad soberana sobre cosas de interés comun.* De esta definicion se infiere, que es de esencia en la ley que sea dada por el legislador, que se publique solemnemente, que tenga fuerza coactiva, y que verse sobre cosas de interés general. Explicaremos estos requisitos.

No nos detendremos en examinar la cuestion abstracta y tan debatida en los tiempos modernos sobre el orígen de la soberanía. Reconocemos el principio de que esencial y radicalmente reside en la asociacion política, para cuyo beneficio y no en favor de los que están al frente de ella se han constituido los Gobiernos, como tambien el de que las naciones no son patrimonio de clases, razas, familias, ni personas, y que tienen en sí mismas el derecho de constituirse, de conservar sus instituciones, y de modificarlas segun lo exi-

ja su conveniencia; mas en la definicion anterior nos limitamos á su ejercicio, confiado por regla general á hombres ilustrados que tienen capacidad y talento para dirigir el Estado. El principio de delegacion, en virtud del cual los legisladores desempeñan su alta mision, exige que se arreglen estrictamente á las formas que las leyes fundamentales, las tradiciones y las costumbres han introducido para hacer la ley, lo que al mismo tiempo que le concilia veneracion, es prenda del acierto.

Las leyes llamadas *naturales*, los principios eternos de moralidad y de justicia que están en el sentimiento de todos, que siempre han sido y permanecerán los mismos, y que no sufren las variaciones é instabilidad de las circunstancias de los pueblos, no necesitan promulgacion. Esta es tan esencial en las hechas por los hombres, que solamente desde ella adquieren fuerza obligatoria. Todos los países han consagrado este principio: si la historia en alguna época de opresion y tiranía nos representa á un mónstruo revestido del poder supremo (1), complaciéndose en inventar medios para que los súbditos ignorasen lo mismo que les preceptuaba, nos trasmite tambien la execracion con que la posteridad ha cubierto

(1) Dion Casio dice que el emperador Calígula hacia escribir las leyes con caractéres muy pequeños, y fijarlas á grande altura para que no pudieran ser leidas.

su memoria. La promulgacion de la ley es la prueba auténtica de su existencia, es la solemne notificacion hecha á la sociedad, es el testimonio irrevocable de que ha pasado por todos los trámites indispensables para su formacion, es el acto solemne que la hace obligatoria. Sin ella no hay ley, y el castigo que se impusiera á sus violadores seria un acto de barbarie, de crueldad y de injusticia.

Esta publicacion ha de hacerse de modo que llegue á noticia de los que deben obedecerla: de aquí las diferentes solemnes fórmulas adoptadas universalmente para darle notoriedad. Una vez promulgada, obliga á todos, sin que aproveche la alegacion de su ignorancia: empresa vana del legislador seria empeñarse en hallar el medio de saber que la ley habia llegado al conocimiento de cada uno; por esta imposibilidad se ha introducido una presuncion de derecho que lo supone.

Consecuencia es de la doctrina que acabamos de exponer, que la ley no debe tener fuerza retroactiva. El Derecho romano así lo dijo expresamente con la lacónica frase: *las leyes no se retrotraen* (1). Este es un precepto fundamental de legislacion, una regla de derecho, una máxima de jurisprudencia y una garantía individual. Sin ella no habria libertad civil ni seguridad; porque co-

(1) *Leges ad præteritum non sunt trahendæ* (Ley 7.ª, título XIV, libro I del Código *repetitæ prælectionis*).

mo la libertad civil consiste en poder hacer bajo la salvaguardia de la ley todo lo que no se le opone, dejaria de existir si la fuerza retroactiva declarára como ilícitos actos que eran permitidos cuando tuvieron lugar, y porque el principio de la seguridad personal quedaria destruido cuando la sociedad diera el funesto ejemplo de no respetar lo que válidamente se hubiera ejecutado. Esta regla no es extensiva á las leyes penales cuando mitigan el rigor de las antiguas, excepcion recomendada por la humanidad, y que se funda principalmente en que no encontraria ya justificacion el castigo que habia parecido exorbitante al legislador, ni á las leyes procesales, que solo son métodos para la aplicacion de las demás leyes y que tienen en sí la presuncion de ser mas ventajosas á los que ejercitan acciones ó excepciones en el órden civil y en el penal, y por último, ni á aquellas en que el legislador así lo considera por reproducir solo otras anteriores, sin establecer nada que no estuviera antes ordenado: entonces la omision, la mala interpretacion ó los abusos que hayan nacido en el intervalo de unas á otras, no deben ser tomados en cuenta; pero si á su sombra hubiese habido transacciones, decisiones arbitrales, ó mediado la autoridad de la cosa juzgada, rige en toda su extension esta máxima tutelar de los derechos naturales del hombre.

No obstante lo que dejamos expuesto relativa-

mente á las leyes procesales, no es infrecuente, que cuando sufren alteracion, se señalen en ellas mismas, la manera y el tiempo en que ha de empezar á ejecutarse, y que se adopten medidas para evitar la perturbacion que podrian producir en el órden de las actuaciones, evitando así perjuicios, dudas y dificultades que en el trámite de la antigua á la nueva legislacion podrian originarse. En este caso, ante la voluntad expresa del legislador, no habrá lugar á la regla que antes dejamos indicada que solo se funda en su interpretacion.

Es carácter esencial de las leyes que sean obligatorias. Aquellas que al parecer se limitan á permitir algunos actos, tienen tambien fuerza coactiva, porque imponen á todos el deber de no impedir el libre uso del acto permitido: en este caso, el permiso bajo un aspecto es un precepto bajo otro.

El interés general debe ser siempre objeto de la ley; verdad reconocida universalmente, é invocada por todos los legisladores en los mismos momentos en que mas la han desatendido. Aun las leyes que conceden beneficios á personas desvalidas y á determinadas clases de ciudadanos, mas que á su bien particular consultan al público, y desenvuelven los principios de equidad y de justicia que jamás debe olvidar el legislador. Los privilegios, cuando bajo esta palabra se quiere significar las leyes individuales en ódio ó en gracia de personas, de familias ó de castas, condenados ya por los romanos en la famosa ley de las Doce Tablas, están reprobados de consuno por la razon y por la ciencia. La ley, pues, debe ligar uniformemente á todos los súbditos, imponerles las mismas obligaciones, otorgarles los mismos derechos, darles iguales condiciones para desarrollar sus facultades, y concederles las mismas distinciones por iguales servicios.

Para que las leyes correspondan á su objeto primordial, cualquiera que sea la forma de la organizacion política del Estado, deben dar proteccion y garantía á los derechos naturales del hombre, poniéndolos á cubierto de los ataques del mas osado, del mas fuerte, ó del mas emprendedor. Estos derechos á que los escritores de derecho natural denominan *absolutos*, contraponiendo esta palabra á la de *hipotéticos*, y tambien *primitivos*, *universales*, *comunes*, y aun *innatos*, se deducen exclusiva é inmediatamente de la naturaleza racional del hombre, y son base para la adquisicion de otros derechos. Y por estar definidos, reconocidos y protegidos por la ley civil, tienen tambien el carácter de civiles.

La denominacion de *absolutos* que mas generalmente se les dá, no quiere decir que sean ilimitados: muy al contrario; tienen con respecto á cada hombre un límite natural que es el dere-

cho de los demás hombres, con el cual es necesario ponerlos en relacion y armonía, pues que correspondiendo indistintamente á todos los séres de la especie humana, sin esta cortapisa no se comprenderian y vendrian á ser nulos en la vida práctica. Si se les denomina *absolutos* es para distinguirlos de los *hipotéticos* á que llaman algunos, derechos *particulares* ó *singulares* y tambien *condicionales*, los cuales no dependen exclusivamente de la naturaleza humana, sino que requieren además algun hecho de adquisicion para su existencia.

El hombre adquiere al nacer estos derechos absolutos y los conserva hasta el sepulcro, y como resultado necesario de su naturaleza son iguales para todos, cualquiera que sea el país y raza á que correspondan, sin excluir á aquellos que por incapacidad física, moral ó intelectual no pueden ejercitarlos.

Nadie puede renunciar á estos derechos, ni perderlos por hechos ajenos: el que se viera privado de ellos, como sucedia al esclavo, por el mismo hecho quedaria privado del carácter de persona, seria equiparado á las cosas, y no podria atender á su perfeccionamento, quebrantando las condiciones esenciales de su naturaleza.

De que estos derechos absolutos no sean renunciables ni puedan ser prescritos, no se infiere

que sean ilegislables. Esta calificacion que alguna vez se les ha dado, no significa que el legislador no puede venir en su auxilio, ya reconociéndolos, ya poniéndolos al abrigo de los ataques que puedan sufrir, ya fortificándolos con sanciones penales contra los que causan en ellos perturbaciones, ya regulando su accion y haciéndolos compatibles y poniéndolos en armonía, de modo que el ejercicio de cada uno no sea obstáculo al derecho de los demás. A no ser así, merecerian severa censura las leyes de las Naciones que mas se han distinguido en el respeto á esos derechos. El sentido de la palabra *ilegislable*, poco á propósito á lo que entendemos para significar lo que se pretende, quiere decir que el legislador no debe cercenarlos ni desconocerlos, sino reconocerlos y ampararlos. No se opone á esto que la ley imponga servicios personales que sean necesarios para el bien personal, que comprometa en peligros para la defensa de la patria, y que castigue con penas preconstituidas á los que quebranten las leyes. En esto no se propone otro fin que asegurar los derechos de todos, con la cooperacion de todos. Traspasar estos límites, seria un abuso.

Los derechos naturales de que aquí tratamos, han sido admitidos, al menos tácitamente, en todos los pueblos civilizados. Los tres famosos preceptos del Derecho romano, de *vivir honestamente*,

no dañar á otro, y *dar á cada uno lo suyo* (1) tienen íntima relacion con ellos, ya extendiéndolos, ya limitándolos, ya garantizándolos.

Pasaremos á la exposicion de estos derechos que son, los de *personalidad*, *igualdad*, *libertad*, *seguridad*, *asociacion* y *propiedad*. Este último derecho, segun los escritores de derecho natural, es considerado no como absoluto, sino como hipotético, porque si bien del mismo modo que los otros se funda en la naturaleza humana, necesita un hecho de adquisicion para su complemento.

Personalidad.—Entre los derechos *absolutos*, el de *personalidad* es el que se sobrepone á todos, y casi puede decirse hasta que los absorbe: es su generador, pues sin él los demás no tendrian existencia: lo tienen todos los séres humanos para que los demás los consideren como racionales y libres con todas las condiciones necesarias para su conservacion y desenvolvimiento de sus facultades físicas, intelectuales y morales. Este derecho hace al hombre dueño de sus acciones, le deja libre para hacer ó no hacer, dentro de la esfera de su actividad, lo que estime conveniente, enaltece su dignidad y le facilita el cumplimiento de su destino.

(1) *Juris præcepta sunt hæc: honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* (§ 3.°, tít. I, lib. I, de las Instituciones de Justiniano).

Igualdad.—Ya antes hemos manifestado que las leyes teniendo por objeto el interés general, deben evitar la concesion de privilegios en gracia de personas, de familias ó de castas. Esto es lo que constituye el derecho de *igualdad ante la ley*, principio altamente justo, que se vá desenvolviendo en toda su extension, y que estrechado íntimamente con el de unidad administrativa, hace desaparecer las desigualdades entre los pueblos de un mismo Estado, y refunde en una casta las diferentes que la ignorancia y la fuerza habian introducido. Este principio de igualdad no se opone á las desigualdades que son resultado del desigual desenvolvimiento de los hombres ni de la diferente aplicacion que dan á sus facultades. Llevar la igualdad á tal extremo seria una desigualdad monstruosa. Por esto se ha dicho con mucha oportunidad, que es necesario tratar desigualmente las condiciones desiguales.

Libertad.—El derecho de *libertad* es tan esencial al hombre, que sin él no se concibe que sea persona jurídica. Esta libertad es para lo bueno, para lo racional, para lo justo y para lo que no perjudique á los demás. En este derecho implícitamente está comprendido el que algunos llaman de *independencia*, que consiste en conservar nuestra personalidad de toda coaccion exterior. Como las leyes fijan las relaciones de los ciudadanos con la sociedad y de los ciudadanos entre sí, de-

be reputarse como perjudicial á la asociacion y á los asociados lo que está prohibido por ellas. No debe inferirse de aquí que todo lo que no está vedado por las leyes es justo: la moral va mucho más allá que la ley escrita, porque esta atiende al bien político de la sociedad considerada colectivamente, más que á la perfeccion moral de los individuos. Por esto, en la imposibilidad que encontró el Derecho romano de extenderse á ciertos actos, de que solo podia ser juez la conciencia, estableció como precepto *vivir honestamente*; principio abstracto si se quiere, vago, expuesto á muy variada significacion, y hasta cierto punto más moral y filosófico que jurídico, pero que revela todo el espiritualismo de una legislacion eminentemente social (1).

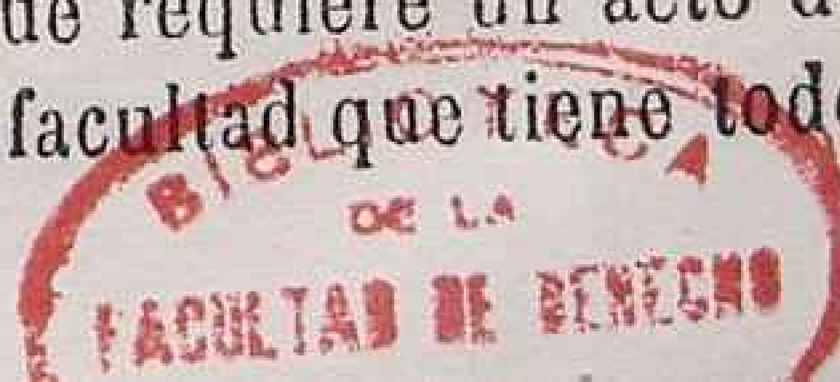
El derecho de *seguridad*, primer elemento del órden público y de la felicidad privada, y complemento á la vez de los derechos que dejamos mencionados, al mismo tiempo que es la principal garantía de todos y de cada uno de los asociados, les impone la obligacion de respetar el bienestar de los demás, y de abstenerse de cuanto les pueda perjudicar, y á la sociedad en comun

(1) A los que quieren descartar este precepto del derecho, creyendo que todas las leyes están comprendidas en los de *no dañar á otro y dar á cada uno lo suyo*, preguntaremos de cual de estos dos últimos derivan las leyes que se refieren á las costumbres, tales como las que castigan el incesto, la bigamia y la blasfemia.

la de impedir las agresiones que se intentaran en contrario. Tan sagrado es este derecho á los ojos de los legisladores de todos los países, que en caso de necesidad abandone su defensa á las inspiraciones y al instinto de conservacion de los individuos. En el precepto romano de no dañar á otro está su sancion expresa.

Asociacion.—El derecho de *asociacion*, nacido de la aptitud, de la tendencia y trato de la necesidad de aunar los hombres sus esfuerzos para la conservacion de sus derechos, y poder llegar á su perfeccionamiento, es considerado como uno de los derechos absolutos de la especie humana. La asociacion solo puede considerarse de esta manera mientras no exceda de los límites que le corresponden para llenar el fin social. Por esto en todos los países, con mayor ó menor latitud, hay leyes que impiden las asociaciones que lejos de tener por objeto el adelantamiento y perfeccion del hombre conducen á perturbar el órden social, atentar á la seguridad pública, ó á otros fines reprobados, y contrarios abiertamente á las consideraciones que han hecho colocar el principio de asociacion entre los derechos absolutos del hombre.

Propiedad.—Este derecho que, segun hemos ya dicho, los escritores de derecho natural colocan entre los hipotéticos, porque requiere un acto de adquisicion, consiste en la facultad que tiene todo



hombre para disponer de las cosas que le pertenecen, ó del producto de su trabajo, sin mas limitaciones que las que la ley establece para beneficio de todos. Tan antigua como la sociedad, estendiéndose, fortificándose y perfeccionándose con los progresos de la poblacion y de la cultura, está apoyada en la razon, en la necesidad, en el consentimiento universal, y en la historia de todos los siglos y de todos los pueblos. Bajo el precepto de *dar á cada uno lo suyo*, comprendieron los romanos las leyes que se referian á su ejercicio. Sin salir del círculo á que voluntariamente hemos circunscrito estos Prolegómenos, no podemos entrar á examinar los principios en que descansa el derecho de propiedad, su adquisicion inmediata ú originaria, ó mediata ó derivada, los modos de comunicarle, de trasmitirle y de perderle, puntos complejos, delicados y que en el órden de estudios que siguen las escuelas de Derecho tienen lugares propios en que se explican con la conveniente latitud.

Concluiremos este capítulo diciendo con el canciller Bacon, que las leyes deben ser ciertas en su notificacion, justas en sus preceptos, fáciles en la ejecucion, conformes á las leyes fundamentales, y promovedoras de la virtud en los que han de obedecerlas (1).

(1) *Lex bona censeri possit, quæ sit intimatione certa; præceptó justa; executione commoda; cum formâ politiæ congrua; et generans virtutem in subditis* (Aphorism. VII).

CAPITULO IV.

De la legislacion, del derecho y de la jurisprudencia.

Como difíciles y peligrosas han sido siempre consideradas las definiciones por todos los juristas, sucediendo con frecuencia que en lugar de llenar su objeto dando ideas claras, distintas y analíticas del definido, han contribuido á hacer mas oscuro lo que sucintamente se proponian explicar. Esto nos hace desconfiar del acierto al definir las palabras *legislacion, derecho, jurisprudencia.*

Apenas hay un libro de Derecho que no defina las dos últimas: los mismos legisladores, desconfiando en cierto modo de los hombres de la ciencia, y uniendo pretensiones científicas á su cargo soberano, no se han desdeñado de descender á fijar su sentido verdadero; trabajo que, aunque de orígen loable, ha sido perjudicial, dando ocasion para que algunos no distingan entre el respeto ciego que se debe á la disposicion de la ley y el exámen y discusion que las materias puramente científicas requieren de suyo. Así es, que tantos jurisconsultos, confundiendo los preceptos legislativos con los principios científicos, se han

encerrado en un estrecho círculo, no atreviéndose á romper el yugo de la autoridad, no menos fuerte para ellos cuando mandaba, que cuando exponia sus doctrinas.

No podemos negar que en el uso se confunde con frecuencia la significacion de las palabras *legislacion, derecho, jurisprudencia* (1); pero por envejecidos, por autorizados que parezcan estos descuidos, el hombre científico debe contribuir en cuanto pueda á fijar la nomenclatura técnica, y á que no se usen con impropiedad palabras que pueden ser consideradas como sacramentales en la ciencia.

Las palabras *legislacion*, *derecho*, *jurisprudencia*, representan ideas diferentes, aunque enlazadas entre sí. La legislacion, tomada esta palabra científicamente y en su mas alta esfera, se eleva á los principios, fija las teorías, examina los sistemas, compara las instituciones; el derecho comprende, ya las leyes eternas escritas por Dios en el corazon de todos los hombres, ya las reglas positivas que el legislador establece ó consiente:

(1) Así oimos que algunos dicen indistintamente *legislacion romana, derecho romano, jurisprudencia romana, Facultad de derecho, Facultad de jurisprudencia:* á sus profesores, doctores en *derecho* y doctores en *jurisprudencia*; y en esta misma asignatura vemos que se ha dado el nombre de *Prolegómenos del derecho* á lo que en rigor deberia denominarse *Prolegómenos de la jurisprudencia*.

la jurisprudencia enseña á entender bien estas reglas y á aplicarlas en todos los negocios de la vida. La legislacion alumbrada por la filosofía y por la historia, investiga las instituciones, juzga las que son obra del hombre, pone en evidencia sus ventajas y sus defectos, contribuyendo así á la formacion del derecho; del derecho nace la jurisprudencia. La legislacion se remonta á los conocimientos filosóficos; el derecho se limita á los preceptos jurídicos naturales y á los positivos establecidos por el legislador; la jurisprudencia se reduce á la completa inteligencia y á la aplicacion del derecho. La legislacion es una ciencia especulativa; el derecho una institucion; la jurisprudencia una ciencia práctica. La ciencia de la legislacion es la guia del legislador; el derecho y la jurisprudencia la del jurisconsulto. No siempre, sin embargo, se da á las palabras *legislacion, derecho* y *jurisprudencia* el sentido que acabamos de manifestar, aun entre los escritores mas distinguidos; tienen además otras significaciones no menos recibidas y aceptables que despues indicaremos.

Segun esto, podemos decir que ciencia de la legislacion es *la que enseña cómo deben ser formadas las instituciones políticas y las demás leyes para afianzar la seguridad del Estado, proteger los derechos individuales, y procurar el bienestar general*. Ella enseña que legislar no es ejercer

meros actos de poder y de fuerza, sino poner en contribucion la ilustrada experiencia de los siglos y el depósito sagrado de las doctrinas; consultar el carácter, los hábitos y el estado de cada pais, y no entregarse á proyectos ideales de perfeccion, teniendo siempre presente que las leyes deben acomodarse á los hombres tales cuales son, y á la sociedad tal cual está constituida. Huyendo del extremo peligroso de una concision afectada, no incurre en el contrario de querer prevenirlo todo, y evita del mismo modo el rústico laconismo de las Doce Tablas, que el dañoso prurito de pretender abarcar todos los pormenores, porque lo primero es solo posible en un Estado naciente; lo segundo es siempre imposible.

La palabra *legislacion* se emplea tambien frecuentemente para significar el conjunto de las leyes de un Estado en contraposicion á las de otro ó de otros Estados. Así vemos que se dice legislacion romana, española ó francesa; así se dá el nombre de legislacion comparada á una importantísima parte de los estudios jurídicos de que oportunamente trataremos.

Mas vária es la significacion de la palabra *derecho*, expresion probablemente metafórica en su orígen, tomada del trazado de la línea recta ó derecha como símbolo de la rectitud con que debe el hombre encaminar sus acciones. En este sentido decian los romanos *jus est norma agendi*,

y nuestros antepasados contraponian á la palabra *derecho* las de *tuerto* y *torticero*. Y es singular que otras naciones, á pesar del diferente génio de sus lenguas, hayan adoptado la palabra equivalente á los adjetivos castellanos *derecho* ó *recto* para significar la misma idea. Así vemos que los portugueses usan la palabra *direito*, los italianos la de *diritto*, los franceses la de *droit*, los ingleses la de *right*, y los alemanes la de *recht*; coincidencia notable si se toma en cuenta cuán diferente fué la etimología de la voz que los romanos aceptaron para expresarle.

En los primitivos tiempos de Roma se daba á lo que nosotros llamamos *derecho* la denominacion de *jus* ó *jussum*, ya significando con ella una órden inflexible, ya una fórmula precisa y rigurosa, cuando los patricios en el Colegio de los pontífices monopolizaban el misterioso secreto de la interpretacion de la ley y de sus acciones. Vulgarizado éste, el significado de la palabra *derecho* sufrió las variaciones que no podian menos de imprimirle la propagacion de su estudio, los esfuerzos de la filosofía, la extension de la civilizacion y de los conocimientos humanos, las costumbres nuevas, y la incesante diligencia de los magistrados para perfeccionarlo. El derecho ya no fué entonces arma confiada á un órden del Estado para oprimir al otro; fué solo una creacion científica y casi sobrenatural, cuyo fundamento no estaba en

la autoridad, sino en la razon. Asi decian los emperadores Constantino y Licinio: *en todas cosas la justicia y la equidad deben prevalecer sobre el rigor del derecho estricto* (1); doctrina proclamada antes por los mas célebres jurisconsultos, cuyas sentencias tienen el carácter de leyes en las célebres Pandectas del emperador Justiniano. En este sentido, dando al *derecho* la significacion que hoy tiene la frase *derecho natural*, y considerándolo filosófica y abstractamente, lo definieron los jurisconsultos romanos: *lo que siempre es justo, lo que siempre es bueno* (2); y tomándolo filosófica y colectivamente: *el arte de lo bueno y de lo justo* (3). Ancho era el campo que se ofrecia á la investigacion y á los trabajos del jurisconsulto, cuando tan latas y nobles funciones tenia que llenar: ellas, como decia el ilustre Ulpiano (4), le revestian de

(1) *Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ, æquitatisque, quàm stricti juris rationem* (Ley 8, tít. I, lib. III del Cód.).

(2) *Quod semper æquum ac bonum est, jus dicitur* (Ley 11, tít. I, lib. I del Dig.).

(3) *Jus est ars boni et æqui* (§ inicial, ley 1.ª, tít. I, lib. I del Dig.).

(4) *Jus est ars boni et æqui, cujus merito quis nos sacerdotes appellet: justitiam namque colimus, et boni et æqui notitiam profitemur: æquum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes, bonos non solùm metu pœnarum, verùm etiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes* (Ley 1.ª, tít. I, lib. I del Dig.).

una especie de sacerdocio. Asi, dando culto á los principios eternos de justicia, separaba lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito, y procuraba hacer justos á los hombres, no solamente por el temor de las penas, sino tambien por el aliciente de las recompensas.

No es este ya el sentido en que se toma la palabra *derecho* cuando no se añade el epíteto de *natural*: el progreso de la sociedad no permite confiar tanto al juicio y á la razon privada de los hombres: la equidad, base y á la vez complemento del derecho, no puede hoy tener en sus aplicaciones la extension que se le daba cuando los romanos, á manera de oráculos, pronunciaban sus respuestas; el juicio universal, la razon pública fortalecida por la experiencia de los siglos, dió entre los romanos y en todos los pueblos cultos á la ley escrita una amplitud y una fijeza de que primitivamente carecia: la legislacion, el derecho y la jurisprudencia, confundidos antes, tuvieron la separacion necesaria: el legislador no invadió el terreno del jurisconsulto, ni el jurisconsulto usurpó las altas funciones del legislador.

Pero la palabra *derecho* no siempre era considerada como causa, esto es, como un precepto soberano, ó como una regla de equidad y de justicia; era tambien empleada, y lo es, como efecto, es decir, para significar la facultad ó la potestad jurídica que tiene uno para obligar á otro

al cumplimiento de un deber. Así se dice: *derecho de pátria potestad; derecho de suceder; derecho de propiedad; derecho de posesion.* Como estos derechos suponen la necesidad de ser respetados por todos, de aquí dimana que las palabras *derechos* y *deberes* son tan correlativas, que no pueden ser consideradas sin mútua dependencia. Pero esto solo debe entenderse de los deberes jurídicos, no de los morales, los cuales nunca producen derechos á favor de otros. Por esto puede decirse que todo derecho nace de un deber; pero no puede decirse sin incurrir en inexactitud, que de todo deber nace un derecho.

A la reunion de estos derechos y de estos deberes llamados colectivamente *derecho.* En este sentido podemos definir el derecho: *el conjunto de preceptos y de máximas que obligan á los individuos de la asociacion política de un modo eficaz.*

La poca precision de los jurisconsultos, mas aun que la penuria de las lenguas, ha dado otras acepciones á la palabra *derecho*, empleándola ya para significar la ciencia del derecho, como en algunos casos anteriormente mencionados: ya para indicar su aplicacion, como cuando se dice, aplicar el hecho al derecho; ya tambien para indicar los honorarios que se perciben en algunas profesiones; ya por último como sinónimo de impuestos.

La jurisprudencia es la *ciencia del derecho*. El emperador Justiniano, siguiendo la escuela filosófica de los jurisconsultos romanos, la definió mas pomposamente. Es, segun sus palabras, *la ciencia de las cosas divinas y humanas, el conocimiento de lo justo y de lo injusto* (1). Esto equivale á decir: que la jurisprudencia es la filosofía de lo justo. Grande es la extension de esta ciencia, porque comprende cuanto regulan las leyes; las cosas de derecho divino, las humanas, los derechos, las obligaciones, y para decirlo de una vez, se extiende á cuanto encierra la idea de lo justo y de lo injusto.

Modernamente se ha dado á la palabra *jurisprudencia* una acepcion desconocida antes, empleándola para significar el derecho no escrito que viene reconocido por los fallos de los tribunales, aplicando é interpretando la ley, ó supliéndola en sus omisiones. En este sentido va tomando mayor ampliacion de dia en dia. Así vemos que se da el nombre de *jurisprudencia* á la práctica seguida constantemente por el Parlamento en una materia determinada, y que lo mismo se va haciendo con las prácticas de la Administracion.

(1) *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia* (§ 1. tít. I, lib. I de las Inst.).

CAPITULO V.

De la diferencia que existe entre la moral y el derecho.

Los límites de la moral alcanzan mas que los del derecho, como ya hemos indicado en el capítulo III, aunque una y otro tienen la misma base y el mismo fin, porque se fundan en la naturaleza humana, y tienden á la perfeccion y á la felicidad de nuestra especie. Ampliaremos brevemente esta idea, por el grande interés que encierra, antes de tratar de las divisiones del derecho, y de lo que bajo cada una de ellas se comprende.

El jurisconsulto Paulo dice (1) con elegante precision, que no todo lo que las leyes permiten es honesto: y nosotros hemos oido repetidas veces á manera de adagio, que no todo pecado es delito, pero que todo delito es pecado: fórmula con que se ha querido simbolizar entre las personas que no conocen la ciencia, la línea de separacion á que nos referimos. El dicho del jurisconsulto, y el adagio vulgar, vienen en apoyo del principio de que los límites del derecho son mucho mas reducidos que los de la moral.

(1) *Non omne, quod licet, honestum est* (Ley 144, título XVII, lib. L del Dig.).

Oportuna ha sido á nuestro juicio la comparacion de la moral y del derecho á dos círculos concéntricos: tienen efectivamente el mismo centro, la diferencia está en que son desiguales los diámetros. La exactitud de esta comparacion parecerá mayor fijándose en sus principales caracteres, por los que se manifiestan las diferencias esenciales que los separan. Estas son:

1.ª La moral se refiere á los actos internos, y es por lo tanto mas universal que el derecho, porque comprende al hombre en todas sus relaciones, en todas sus acciones y en todos sus sentimientos: el derecho por el contrario se limita á las relaciones sociales y á sus actos ú omisiones exteriores, porque solo así puede perjudicar á un tercero, é incapaz de penetrar en el corazon de los hombres, se detiene ante el sagrado de las conciencias.

2.ª La moral tiene solamente su sanciou en la conciencia y no es capaz de coaccion externa; el hombre debe responder únicamente á la justicia divina de su observancia, porque solo á Dios es dado investigar los sentimientos: al contrario, el derecho esencialmente es coactivo, porque no comprendiendo mas que las condiciones indispensables para la existencia y progreso de la sociedad, deben los que la componen responder ante ella de la inobservancia de lo que en bien de todos se halla establecido. Para la mas fácil inteli-

gencia de este punto, conveniente es considerar que segun antes queda indicado, jurídicamente hablando, no hay deberes sin derechos, ni derechos sin deberes: por el contrario, en la moral los derechos y los deberes no son siempre correlativos, porque en ella entra por mucho el *sentimiento*, ese don celestial que predispone á los séres racionales á favor de los demás que pertenecen á su misma especie. Esto supuesto, los derechos y los deberes recíprocos de los individuos, las reglas que la naturaleza ó los hombres tienen establecidas para graduarlos, fijarlos y apreciarlos, admiten coaccion; de otro modo no serian eficaces. Pero los sentimientos no se prestan del mismo modo á la apreciacion de nuestra limitada inteligencia: solo Dios en su suprema sabiduría puede graduarlos, porque él solo alcanza á sondear el corazon humano.

3.ª Los preceptos de la moral son eternos, absolutos é igualmente invariables en todos los tiempos y en todos los Estados: los del derecho pueden sufrir alteracion segun lo exija el desenvolvimiento sucesivo de la sociedad, pero respetando siempre lo que es de derecho natural.

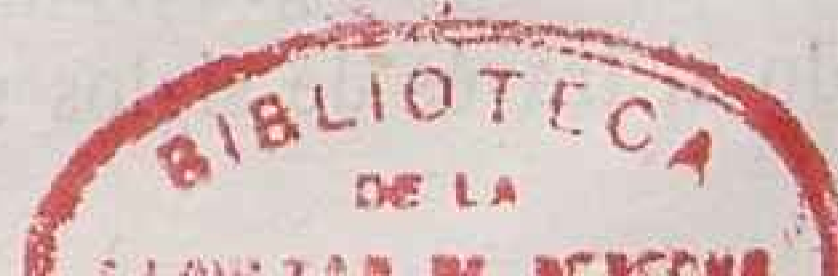
4.ª Los moralistas suelen admitir tres clases de deberes: para con Dios, para con nosotros mismos, y para con los demás. Los juristas, sin desconocer la sublimidad de la moral, se ciñen á los de la última clase. En efecto, no podrian

nunca extender su jurisdiccion á los de la primera, porque no les es dado constituirse jueces entre Dios y los hombres, ni á los de la segunda porque no se concibe el deber y el derecho refundidos en un mismo individuo; de lo que se infiere que en tanto podrán ser jurídicos los deberes de esta clase, en cuanto sean obligatorios respecto de una tercera persona.

A pesar de estas notables diferencias entre la moral y el derecho, no deben ser considerados como independientes, sino como íntimamente enlazados entre sí, no pudiendo haber entre ellos antagonismo. Todo lo que la moral ordena, se conforma con el derecho, y el derecho no puede prescribir lo que la moral reprueba. Cuando el legislador se separa de estas reglas, hace una obra deleznable que lleva en si el gérmen de la muerte: si á intereses transitorios sacrifica alguna vez los principios eternos de la moral, es para que renazcan despues con nuevo vigor. Por esto dijo el Rey Sábio en las Partidas que *los mandamientos de las leyes deben ser leales, é derechos* (1).

No seguiremos mas en este camino: lo dicho nos parece bastante para iniciar á los jóvenes en los principios fundamentales que separan á la moral del derecho. Mayores investigaciones no caben en la índole de este libro.

(1) Ley 4.ª, tít. I, Part. I.



CAPITULO VI.

De las divisiones del derecho.

Las divisiones en todas las ciencias constituyen un método, y son un auxiliar poderoso para exponer con órden y con claridad las diferentes doctrinas que comprende su teoría. Cuanto mas complicada, cuanto mas extensa es esta, tanto mas necesario se hace el uso de las divisiones y de las subdivisiones que presenten puntos culminantes de luz, de guia y de descanso. Pero si el desenvolvimiento sucesivo y lento de una ciencia, llega hasta el punto de constituir diferentes ciencias independientes, que á su vez llamen en su auxilio á otras, imposible será penetrar en su estudio sin que un acertado sistema de divisiones nos conduzca para no perdernos en un vasto laberinto. Esto exactamente acontece con el derecho, cuyas divisiones además tienen un grande interés, porque no se limitan, como en otras ciencias, á facilitar los métodos de enseñanza, sino que al mismo tiempo establecen reglas para los actos comprendidos en cada una, dimanando por lo tanto la aplicacion de los principios de la clasificacion de las divisiones.

No podemos, sin embargo, prescindir de hablar de las que generalmente adoptadas han venido al través de siglos recibiendo una autoridad

dogmática, que por largo tiempo se conceptuó incontrovertible. Las Instituciones de Justiniano, libro que por su precision y doctrina parece destinado á la inmortalidad, cuyo estudio y meditacion jamás encareceremos bastante á la juventud, fueron para los jurisconsultos la pauta de una division que hoy, en el desarrollo de la ciencia, seria por lo menos incompleta, y que requiere examinarse mas bien á la luz de la historia, que segun el criterio de la ciencia.

El derecho, dice ese libro, es ó *público* ó *privado*, segun se refiere al Estado ó á la utilidad de los individuos (1). Una nacion considerada como un ser colectivo, tiene efectivamente relaciones con los ciudadanos que la forman, y estos ciudadanos las tienen entre sí. La distribucion y ejercicio de los poderes públicos, las obligaciones y derechos políticos de los ciudadanos, su jerarquía social, las cosas que afectaban al culto y al sacerdocio, eran en Roma la materia del derecho público, mucho mas extenso en medio de la libertad y oscilaciones de la república, que en la degradacion y abatimiento del despotismo de los Césares.

Conforme fué perdiendo su importancia el de-

(1) *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod statum rei Romanæ spectat: privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet* (§ 4, título I, lib. I de las Inst.).

recho público, adquirió mas extension el privado, cuyos preceptos dimanan, como el Emperador añade, del derecho natural, ó del de gentes, ó del civil (1), lo que tambien es aplicable al derecho público por mas que parezca excluirlo el texto imperial. No es nuestro propósito examinar aquí las definiciones que de ellos nos da, lo que dejamos para su lugar oportuno: solamente observaremos que en esta division se reconoce un principio jurídico superior á las leyes humanas, invariable y eterno, punto de partida de las demás reglas que los legisladores, atendidas las diferentes circunstancias de los pueblos, adoptan, ya para hacer respetar la integridad de los principios eternos del derecho, ya para atender á la paz, al órden, á la buena gobernacion y á la felicidad de la nacion que dirigen. Así los romanos reconocieron, como nosotros, que la division capital del derecho era en *natural* y *positivo*, por mas que no la formulara en los mismos términos el emperador Justiniano en sus Instituciones. Esta division capital del derecho está en la esencia misma de las cosas, es filosófica y perfectamente adecuada á la naturaleza y al órden de la vida social; no es una invencion escolástica cualquiera, no es una mera doctrina.

(1) *Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus* (§ 4, tít. I, lib. I de las Inst.).

Aparece tambien de esta division y en las subdivisiones de sus diferentes miembros, admitido ya por los romanos el principio humano y social, de que con los extranjeros habia otras relaciones, que no fueran ni la guerra, ni el exterminio, ni el cautiverio. Por este principio el *peregrino*, el *enemigo* y el *bárbaro* fueron considerados como personas capaces de derechos y de obligaciones: careciendo, sin embargo, de la consideracion de romanos, no participaban del derecho civil, del derecho exclusivo de la ciudadanía extendida en tiempo del emperador Caracalla á todos los súbditos del Imperio.

Las fuentes del derecho positivo son la ley y la costumbre, diversidad nacida de la naturaleza de la sociedad y de sus necesidades; de aquí dimana la subdivision del derecho civil en promulgado y no promulgado, ó lo que es lo mismo, en *escrito* y no *escrito* (1). Referir el origen de esta division á las diferentes formas que tenian de publicar y conservar las leyes los Atenienses y los Lacedemonios (2), podrá ser mas ó menos erudito, pero nunca dejará de ser inexacto.

(1) *Constat autem jus nostrum auter scriptó aut ex non scriptó* (§ 3, tít. II, lib. I de las Inst.).

(2) *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicèt, et Lacedæmoni, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ità agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidèm magis ea, quæ pro legibus observarent, memoriæ*

Aunque estas divisiones no carecen de uso en el estado actual de la ciencia, no son, sin embargo, aplicables siempre en el mismo sentido que lo eran entre los romanos. Cuando definamos el derecho natural, el de gentes y el civil, aparecerá esto claramente.

Nosotros, siguiendo nuestro propósito, consideraremos el derecho primitivamente con relacion á sus fundamentos; lo cual nos conducirá á hablar del natural y del positivo, cuyas teorías serán objeto de nuestro exámen. Pasaremos despues al derecho público en la doble significacion que hoy tiene esta palabra, esto es, respecto á la constitucion interior de cada pueblo, que es el derecho político, y respecto á sus relaciones exteriores con las demás naciones, que es el derecho de gentes ó internacional. Como consecuencia del derecho político, y dirigido á desenvolverlo, hablaremos del administrativo, pasando despues al canónico, que á la vez participa de la naturaleza de derecho público y privado.

El derecho civil, el penal que es su sancion, y el de procedimientos que contiene los medios de ejecucion de uno y otro, serán las últimas divisiones de que tratemos.

Aunque adoptamos el método que acabamos de exponer para explicar las diferentes clases del

mandarent; Athenienses verò ea, quæ in legibus scripta reprehendissent, custodirent (§ 10, tít. II, lib. I de las Inst.).

derecho, no por eso sostenemos que no admita otras divisiones en que ya se agrupan, ya se separan, ya se confunden las mismas clasificaciones que dejamos hechas. La causa eficiente del derecho, su orígen, su forma exterior, la extension de su aplicacion, la naturaleza de sus preceptos y su objeto, dan lugar á otras tantas divisiones de que solo haremos ligeras indicaciones.

Por razon de la causa eficiente, el derecho puede dividirse en natural y positivo; division que, segun lo manifestado antes, si no formulada expresamente, se encuentra de un modo implícito en el derecho romano; el primero, resultado necesario de las relaciones humanas, está á nuestro alcance por la contemplacion de las leyes que rigen á todas las sociedades, como mas adelante expondremos: el segundo ha recibido su nombre, porque la razon sola no bastaria á enseñárnoslo, si otros testimonios no vinieran en su auxilio. Estos testimonios son la revelacion en el derecho divino positivo, la promulgacion en el derecho escrito, y la repeticion de actos en el no escrito ó consuetudinario, de que hablaremos oportunamente.

Dejando aparte el derecho divino positivo, esto es, los preceptos revelados á que por sí sola no alcanzaria la razon del hombre, por no caber en el objeto de esta obra, diremos que, bajo la denominacion de *derecho positivo* entendemos *el*

constituido ó bien directa y expresamente por el legislador, ó bien por su silencio y aprobacion tácita, y que este se manifiesta por actos exteriores y sensibles en contraposicion al natural que se comprende por la razon, y por medio de ella ha sido notificado al género humano.

Fenelon explicó la diferencia del derecho natural y positivo diciendo que el primero es *la ley que existe*, y el segundo *la ley que se forma.* No deja de tener mucha analogía esto con lo que dijo Paulo en un fragmento que está en el Digesto: *No se tome el derecho de la regla, sino hágase la regla de lo que es derecho* (1), máxima que el emperador Justiniano puso en la cabeza de las reglas del derecho.

El diverso orígen del derecho positivo da lugar á que pueda dividirse en originariamente nacional y en importado. Las prescripciones del poder legislativo, cuando atendiendo á las necesidades públicas crean nuevas relaciones jurídicas sin tomarlas de paises extranjeros, y las reglas que por costumbre se van introduciendo en el desarrollo espontáneo é inapercibido de la vida de los pueblos, constituyen el derecho originariamente nacional. Ejemplos del importado ofrecen todos los paises de Europa, que en mayor ó menor grado han admitido muchas instituciones y preceptos del derecho romano y del canónico.

(1) *Non jus de regula sumatur: ex jure quod est, regula fiat* (Ley 1.ª, tít. XVII, lib. I del Digesto).

La forma exterior del derecho escrito introduce tantas divisiones en la nomenclatura cuantos son los diferentes modos de expresar el legislador sus preceptos. Digestos, códigos, rescriptos, leyes, pragmáticas sanciones y decretos son algunas de las muchas denominaciones que dan lugar á la division de que hablamos.

Atendida la extension de la aplicacion del derecho, puede dividirse en comun, singular y privilegiado. El primero comprende por regla general á todos los ciudadanos. El segundo establece principios aplicables á todos los que se hallan en las circunstancias especiales que abraza. A los favores que dispensa se da la denominacion de *beneficios de ley*, cuando han de ser reclamados por aquellas personas en cuya utilidad están constituidos. El derecho privilegiado se refiere á las leyes especiales, en virtud de las que ciertas personas, corporaciones ó clases están exentas de las diposiciones generales: es esencial en este derecho que los privilegios sean objeto de continuas aplicaciones, en lo cual se distinguen de las dispensas de ley, que solo la suspenden en casos dados.

Segun la naturaleza de los preceptos, el derecho se compone de leyes preceptivas ó prohibitivas. Solo impropiamente se puede hablar de le-

yes permisivas, y considerarlas diferentes de las preceptivas, porque no se requiere una disposicion especial del legislador para que pueda hacerse lo que no se halla prohibido, y en todo caso la libertad que se concede impone á todos implícitamente el deber ó el precepto de no disturbar el ejercicio del acto permitido, segun antes dejamos indicado. No puede negarse, sin embargo, que bajo cierto punto de vista es significativa la calificacion de leyes permisivas para indicar las declaraciones del poder cuando derogan una prohibicion existente. Entre las leyes preceptivas y prohibitivas hay algunas que ni mandan ni vedan absolutamente, y que solo son aplicables en defecto de convenio expreso de los interesados: llámaselas leyes dispositivas, porque sirven para desenvolver los efectos jurídicos ordinarios de las instituciones á que se refieren.

El objeto ó la materia del derecho da lugar á las divisiones que hemos indicado al fijar el órden con que nos proponemos tratar de cada uno de los diferentes ramos que forman el derecho en todo su conjunto. Aun bajo este aspecto podrian hacerse otras divisiones, como las de derecho militar, derecho marítimo, derecho consular, derecho agrícola, derecho industrial, y otras diferentes con arreglo á la consideracion mas ó menos especial que se quiera dar á cada una de las partes de la ciencia.

Todas estas divisiones pueden sin duda ser útiles en la aplicacion y dar lugar á monografías que contribuyen mucho á los adelantamientos científicos. Nosotros no debemos descender á mas pormenores, porque faltariamos á la concision que exige la índole de esta obra. Al paso que los jóvenes progresen en la carrera, conocerán la mayor ó menor importancia práctica de tales divisiones.

CAPITULO VII.

Del derecho natural y de la filosofía del derecho.

Todos los séres, sin excepcion de los inanimados, están sujetos en su accion á ciertas reglas generales é invariables, á que, como anteriormente hemos manifestado, se da el nombre de *leyes* en el sentido mas absoluto y general de esta palabra. Pero los séres animados, aun los no dotados de razon, obedecen además á otras reglas derivadas de un principio mas alto, puesto que no solo siguen un órden fijo y permanente en su desenvolvimiento, sino que parecen impulsados por una fuerza invencible y superior, á determinadas acciones que refluyen en beneficio de su especie. Esto movió al jurisconsulto Ulpiano, poco consecuente en esto con las ideas de la escuela estóica á que pertenecia, á decir que el derecho natural era *el que la naturaleza enseñó á to-*

dos los animales, porque no era solamente propio de los hombres, sino comun á todos los animales terrestres, á los que nacen en el mar y á las aves, y que todos aun las fieras lo conocen (1), definicion que fué aceptada por el legislador de las Partidas con estas palabras: *el que han en si los homes naturalmente, é aun las otras animalias que han sentido* (2). Estas definiciones dan demasiada latitud al derecho natural, porque lo consideran extensivo á todos los séres animados, como si fuera capaz de derecho el que carece de razon. La union del macho y de la hembra, la procreacion y alimentacion de los hijos, y la propia defensa son leyes comunes al hombre y al bruto, porque están íntimamente enlazadas con su existencia y la de su especie, que sin ellas no subsistiria; pero del mismo modo que no se da el nombre de derecho natural á las leyes inflexibles que sujetan á los séres inanimados, tampoco deben llamarse asi las que en un órden menos material se limitan á los animados. De aquí resulta que el derecho natural debe referirse sola y exclusivamente á los principios que dirigen la

(1) *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium sed omnium animalium quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune sit videmus etenim cætera animalia, feras etiam hujus juri peritas censeri* (§ 3.°, ley 3.ª, tít. I, lib. I del Digesto).

(2) Ley 2.ª, tít. I, Part. 1.ª

conducta del hombre, del sér moral, social, inteligente y libre, que ha nacido para vivir unido con lazos de recíproca utilidad á los demás séres de su especie. No es, pues, exacta la definicion que saca el derecho natural del círculo á que en rigor se halla reducido.

El derecho natural, tal como lo comprenden los que de él han escrito, enseña al hombre por medio del sentimiento las relaciones que lo unen á los otros séres racionales, é independientemente de las leyes positivas guia su conciencia é ilustra su razon. En este sentido, el derecho natural precede á todas las instituciones establecidas por los hombres, es independiente de ellas, es la base de las legislaciones positivas, es de todos los tiempos y de todos los paises, eterno é inmutable; Dios es su legislador, y la recta razon, el órgano que lo comunica á la especie humana. Sus inflexibles principios, y sus corolarios legítimos, fueron la brújula que dirigió á todos los legisladores en la árdua carrera que debian recorrer: si algun pais se separó de ellos, pagó con barbarie y con sangre su extravío. Bajo este supuesto, podemos definir al derecho natural: *el que la razon ha revelado á todos los hombres.*

Y esta es la significacion que desde remotos tiempos se viene dando á la frase *derecho natural.* Mas de tres siglos antes de la época de los jurisconsultos clásicos del imperio de Alejandro Se-

vero, Ciceron definia el derecho natural con tanta elegancia y precision que no podemos resistir al deseo de copiar sus palabras. «Es la razon recta, »la ley verdadera, congruente con la naturaleza »infundida á todos, constante, sempiterna, que »preceptuando llama al cumplimiento del deber, »que prohibiendo aparta del fraude, que no en »vano manda ó prohibe á los buenos ni deja de »influir en los malos con sus preceptos y prohi- »biciones. No es lícito abrogar ni derogar esta »ley en todo ni en parte: ni pueden dispensar de »su observancia el Senado, ni el pueblo; no ne- »cesita de expositor ni de intérprete. Es la misma »en Roma y en Atenas, y la misma ahora que en »lo futuro; sempiterna é inmortal regirá en todos »los paises y en todos los tiempos: Dios es su »único maestro, su emperador, su inventor, su »juez y su promulgador; quien no la obedezca, »huirá de sí mismo, renegará de su naturaleza de »hombre y sufrirá las mayores penas, aunque »pueda eludir otras que se consideran como su- »plicios. (1).»

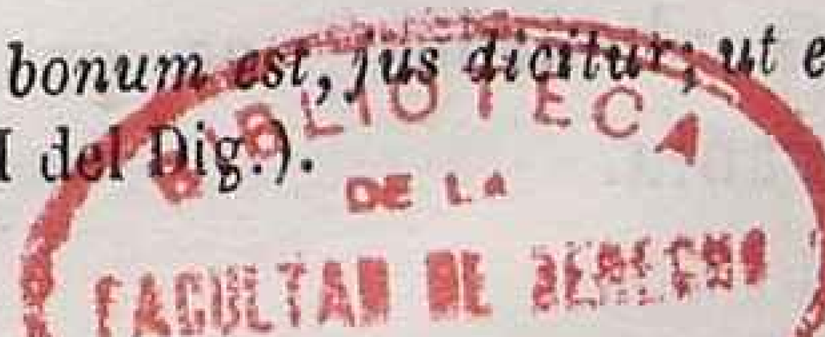
De este mismo modo consideraban al derecho natural el jurisconsulto Cayo al decir que era «el »que la razon natural habia constituido entre »todos los hombres (1)» y Paulo al comprender bajo la misma denominacion «lo que siempre era »equitativo y bueno (2).»

No es admisible, pues, la doctrina de los que consideran que cuanto se dice del derecho natural, es un sueño metafísico, y suponen que donde no hay un poder constituido que pueda compeler á la observancia de una ley positiva, no hay derecho. Con razon ha dicho el jurisconsulto francés Troplong: «El derecho natural es superior al »hombre y es condicion de su naturaleza social. »Hay reglas anteriores á todas las leyes positivas, »y no puede admitirse que los movimientos de la »conciencia y la idea del derecho sean obra del »legislador. No es la ley la que ha creado la fa- »milia, la propiedad, la libertad y la igualdad.

(1) «*Est quidem vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quæ vocat ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat, quæ tamen neque probos frustra jubet aut vetat, neque improbos jubendo aut vetando movet. Huic legi neque obrogari fas est, neque derogari ex hâc aliquid licet, neque tota abrogari potest. Nec verè aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus. Neque est quærendus explanator aut interpres ejus. Nec erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et inmortalis continebit, unicuique erit communis quasi magister et imperator omnium Deus, ille legis hujus, inventor, disceptator, lator, cuique non parebit ipse se fugiet et naturam hominis aspernabitur atque hoc ipvo luet maximas pœnas, etiamsi cœtera supplicia quæ putantur effugerit.*» (V. De republica, 2, 3).

(1) *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (Comm. I, I).

(2) *Quod semper æquum et bonum est, jus dicitur; ut est jus naturale* (Ley 11, tít. I, lib. I del Dig.).



»Puede organizar la ley sin duda todas estas ins-
»tituciones, mas entonces se limita á trabajar so-
»bre lo que le ha dado la naturaleza, y será tan-
»to mas perfecta su obra, cuanto mas se aproxi-
»me á esas leyes eternas, inmutables, innatas
»que el Criador ha grabado en nuestros cora-
»zones.»

A las importantes observaciones que preceden debemos añadir, consecuentes á lo que antes ya dejamos indicado, que la suposicion de que todo derecho proviene del Estado, es confundir la existencia del derecho con la garantía del derecho. El derecho natural existe y es obligatorio por sí mismo, independientemente de los legisladores, de los pueblos y del Estado, aunque solo este tenga los medios de coaccion y fuerza para que el derecho sea respetado. El náufrago que se salva en una isla y encuentra allí á otro que ha experimentado antes la misma desgracia, y lo asesina para apoderarse de lo que tiene, quebranta el derecho por mas que allí no haya Gobierno ni leyes que prohiban el despojo y el asesinato, ni magistrados que las hagan ejecutar. La doctrina contraria es además peligrosa: declarar al legislador omnipotente, desligado de toda clase de deberes, suponer que todo lo que hace es justo y bueno, y que es justo y bueno porque lo hace, es legitimar todos los absurdos, es proclamar la mas espantosa tiranía.

El derecho natural es muy sencillo en su orígen, porque está limitado á muy pocos principios que, comunes á todos los hombres y notificados á todos por la conciencia, no necesitan ni escuela ni enseñanza: considerado en la infancia de la sociedad, no es ciencia, es solo una luz que refleja sobre todas y sobre cada una de las acciones de la vida. Mas despues que la sociedad aumentó su extension y sus necesidades, se dedujeron consecuencias de los principios eternos é imprescriptibles grabados en el corazon de todos los hombres, las cuales alejándose de su orígen, si bien derivadas de él, exigian para su completo desarrollo y comprension esfuerzos de la imaginacion y del talento.

Esto dió lugar á que en el siglo XVII el derecho natural fuera colocado en el número de las ciencias. Hugo de Groot (Grotius) y Samuel Pufendorff, pueden ser reputados como sus fundadores. Cierto es que en Grecia y en Roma no fueron desconocidos sus principios capitales, como lo demuestran las obras de Platon y de Ciceron, que los jurisconsultos clásicos lo invocaban y definian segun lo hemos expuesto, y que en los escritores de épocas posteriores se encuentra frecuentemente el nombre de derecho natural, y se hacen observaciones é investigaciones acerca de doctrinas que despues fueron consideradas como propias de esta ciencia, pero no existia ningun

sistema completo que abrazara todas las que vinieron á formar la nueva teoría. Separando Grocio y sus sucesores los deberes *perfectos* del hombre de los deberes *imperfectos*, trazaron una línea de division entre el derecho natural y la moral; esto es, entre los deberes que admiten coaccion exterior, y aquellos cuyo cumplimiento deben abandonarse del todo á la conciencia; division sin la cual no podria concebirse su sistema.

Divídese generalmente el derecho natural en *absoluto* é *hipotético*. Al absoluto se le dan tambien las denominaciones de *primitivo*, *puro*, *universal* ó *comun*, y comprende los derechos que se derivan exclusivamente de la naturaleza humana, los cuales son el fundamento para la adquisicion de otros. Este derecho absoluto, derivacion directa é inmediata de la naturaleza humana, es el natural por excelencia en su acepcion mas rigurosa y considera al hombre solamente coexistiendo con los demás hombres sin ninguna alteracion ulterior.

El derecho natural hipotético, ó como lo denominan algunos *aplicado*, *particular*, *especial* ó *condicional*, aunque derivado tambien de la naturaleza humana y de los derechos absolutos que son su fundamento, supone actos ó circunstancias para adquirirlo.

Con estas teorías está íntimamente ligada la de

los derechos individuales de las leyes (1) bajo el punto de vista de las facultades limitadas del legislador en lo que á ellos se refiere. No consideramos conveniente hacer aquí mayores esplicaciones.

Los escritores de derecho natural, si bien conformes en el plan y en las doctrinas especiales, no lo están en la filiacion de la idea del derecho, como convendria para la fijacion de las bases de la ciencia. Unos la deducen de la correlacion de los derechos y de las obligaciones; otros de la libertad que dimana de la ley moral; otros de la facultad que á cada individuo asiste para exigir de los demás los deberes impuestos á todos de una manera absoluta. Limitándonos á anunciar en esta introduccion algunas ideas generales, no entraremos en pormenores acerca de tales sistemas: solo diremos que en ellos vienen á confundirse al fin los deberes morales y jurídicos, cuya separacion es indispensable, si el derecho natural ha de constituir una ciencia especial. Algunos escritores modernos, á cuya cabeza está Kant, dejando aparte la idea de un precepto moral, consideran al derecho con relacion á la libertad exterior, esto es, como el modo de obrar, que, siguiendo principios generales, puede ser conciliado con la libertad de todos.

Esta diferencia de sistemas ha producido in-

(1) Cap. III.



vestigaciones acerca de la nocion fundamental del derecho natural comun á todos ellos; esto es, si la razon, independientemente de las instituciones sociales conduce á principios jurídicos distintos de los morales. Se ha puesto así en tela de juicio la division de los deberes perfectos é imperfectos, es decir, de los deberes de coaccion y de conciencia, y algunos han sostenido que no está determinada originariamente por la razon, porque la posibilidad moral de la coaccion de parte del que tiene el derecho, no puede imprimir un nuevo carácter al deber del obligado. Confundidos segun esta teoría los principios morales con los jurídicos, queda falseada la base en que los antiguos fundaban el derecho natural: de aquí es que ya se niega su existencia, ya se le busca apoyo en la sociedad civil, que, haciendo posible una garantía para el cumplimiento de ciertos deberes, les imprime un carácter particular, hipótesis que admitida vendria en último resultado á destruir la primitiva idea que se formó del derecho natural. Aun en el sistema de los que fijan como su base la libertad exterior, es menester confesar que entran ciertas relaciones jurídicas que no están perfectamente ajustadas á su principio. Basten estas ligeras indicaciones, porque para desarrollar los diferentes sistemas de derecho natural, se necesitaria entrar en cuestiones delicadas, difusas, metafísicas, y no acomodadas á los cono-

cimientos de los que empiezan el estudio de la jurisprudencia: fijar aquí, y querer hacer prevalecer nuestras ideas sin desentrañar concienzudamente las diversas teorías, no seria enseñar, sino pretender que nuestras opiniones fueran seguidas sin purificarse antes en el crisol de la filosofía.

Estas discusiones han dado lugar á una ciencia que se conoce hoy con el nombre de *filosofía del derecho positivo*, admitida al lado del derecho natural por los que lo sostienen, y en su reemplazo por los que lo impugnan. En el sistema de los últimos comprende la filosofía del derecho positivo los conocimientos que nos suministra la razon sobre lo que es justo en la sociedad civil, y segun los primeros, aplica al derecho positivo las doctrinas que enseñan el natural y la política. De desear seria que un estudio que á la luz de la razon, de la experiencia y de la historia examina los principios del derecho generalmente observado, y las instituciones de los pueblos, fijara mas la atencion de nuestros juristas.

Concluiremos estas indicaciones, manifestando que cualquiera que sea la diferencia de los sistemas enunciados, no puede negarse que existen ciertas relaciones jurídicas universales, aconsejadas por la razon, lógicamente deducidas de hechos que se presentan en toda sociedad civil, y conformes á la utilidad de los asociados, relaciones que deben ser á la vez la base y el comple-

mento de las leyes; y por último, que los escritores del derecho natural han contribuido eficazmente á perfeccionar el conocimiento de los principios de la moral en su aplicacion á la vida práctica, y á formar una teoría general del derecho.

Por todo lo dicho, no nos parece dudosa la utilidad del estudio del derecho natural, por mas que veamos que algunos de los que reconocen su existencia, lo consideran como inútil para el jurisconsulto. Prescindiendo del mayor ó menor valor que deba darse á algunas especulaciones filosóficas, no nos parece que puede mirarse como poco provechoso un estudio que satisface el natural deseo de esclarecer los principios fundamentales del derecho, que facilita el estudio del positivo, que auxilia poderosamente al legislador, el cual debe mirarlo como su brújula, que embebe su espíritu en las ideas filosóficas que no debe perder de vista, si quiere hacer obras aceptables, y que lo aparta de los peligros á que se expone si se deja arrastrar por teorías deslumbradoras ó falsas, ó que no están perfectamente depuradas.

Y no es menos importante el estudio del derecho natural para el jurisconsulto que para el legislador, porque despierta en él y mantiene vivo el sentimiento de justicia, pone ante sus ojos continuamente los principios eternos del derecho,

lo ilumina en la aplicacion de las leyes, le enseña el modo de suplir su silencio, de completar su insuficencia, y de esclarecer su oscuridad. Al derecho natural, á lo que se denomina equidad, se acude en todos los países, siempre que no hay ley escrita, ni costumbre legítima, ni doctrinas recibidas que reemplacen á las leyes, para decidir las cuestiones que son llevadas ante los tribunales.

CAPITULO VIII.

Del derecho de gentes.

Las naciones tienen entre sí relaciones y derechos como los tienen los individuos; de otro modo, no podrian ni defender su existencia, ni proteger su territorio, ni sostener su soberanía, ni garantir su comercio, ni atender á su conservacion, ni dispensar á los ciudadanos toda la proteccion que reclama el estado social. Estos, además de ser mantenidos en el ejercicio de sus derechos contra los ataques de sus conciudadanos, merecen proteccion contra los del extranjero ó del pueblo que no los respete. Hé aquí el orígen del *derecho de gentes*, denominacion que han sustituido algunos con la de *derecho exterior*, reemplazada en los últimos tiempos por la de *derecho internacional* con que lo designó Bentham.

Ya antes que esto no faltó quien manifestara que mas que la antigua denominacion debia dársele la de *derecho entre gentes*, frase sin embargo que no era muy adecuada para significar lo que se pretendia, no teniendo en los pueblos modernos la palabra *gentes* la acepcion de *naciones* que le daban los romanos.

Podemos definir el derecho de gentes *la reunion de principios y reglas adoptadas por los Estados independientes para sus relaciones recíprocas y para la decision de los conflictos á que la diversidad de leyes y usos puede dar lugar.* Esta definicion se acomoda á la division del derecho de gentes en público y privado, de que en este mismo capítulo hablaremos sucintamente.

Basta esta sencilla exposicion por sí sola para que se comprenda cuán distintas son la actual significacion científica *de derecho de gentes* y la del lenguaje de los romanos. Nosotros no nos detendriamos en esta diferencia si no nos obligara á ello la necesidad de evitar la confusion que una denominacion misma, aplicada á diferentes ideas, necesariamente debe producir, mucho mas cuando contribuyen á aumentarla los comentaristas del Derecho romano, y tambien los del nuestro, mas dispuestos generalmente á imitar á los primeros, que á elevarse á la altura á que sus talentos los llamaban.

El emperador Justiniano dice, que derecho de

gentes es el que la razon natural ha establecido entre todos los hombres, que es guardado por todos, y que por ser general á todos los pueblos, habia recibido su nombre (1). De esto se infiere que la locucion *derecho de gentes* en el sentido de las leyes romanas hacia relacion tanto al derecho exterior como al interior, y que no se limitaba, como entre nosotros, á designar las relaciones recíprocas de los pueblos.

Pero es menester confesar que Justiniano en este punto no tuvo siempre la consecuencia que requeria su doble carácter de legislador y de maestro: sus obras legales confunden frecuentemente las acepciones de las palabras *derecho natural y de gentes*. En sus instituciones, obra escrita con sujecion á un mismo pensamiento y por las mismas personas en todas sus partes, y que debia prometer mas unidad y consecuencia que las Pandectas, puesto que en estas, á pesar de la mas constante vigilancia, con facilidad podian aparecer vestigios de los opuestos sistemas, de las diversas teorías y de las divergentes opiniones de los jurisconsultos de cuyas obras se tomaron, unas veces considera al derecho natu-

(1) *Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos perœquè custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur* (§ 1.°, título II, lib. I de las Inst.).

ral y de gentes como los define (1), otras dice que son una misma cosa (2), y otras, finalmente, los presenta en contradiccion (3). No pretenderemos nosotros resucitar el inútil y pueril sistema de destruir las antinomias, de conciliar á Triboniano con Triboniano; bien conocemos cuánto se opone á los fines y progresos de la ciencia este empeño, que por algun tiempo fué el principal estudio de nuestros jurisconsultos: nos limitaremos á decir que, á nuestro modo de entender, Justiniano dividió el derecho, mas que por su orígen, por su extension: y así es que llamó *derecho de gentes* al observado universalmente en todos los pueblos, cuidándose poco de si era ó no conforme con las máximas del derecho natural, á pesar de que tan frecuentemente los confundia.

(1) *Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente, et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt* (§ 2, tít. II, lib. I de las Inst.).

(2) *Quarumdam enim redum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium* (§ 11, tít. I, lib. II de las Inst.).

Tamen recte dicitur, et jure gentium, id est, jure naturali, id effici (§ 41 del mismo título y libro).

(3) *Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ, et servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur* (§ 2, título II, lib. I de las Inst.).—*Servitus autem est constitutio juris gentium, quâ quis dominio alieno contra naturam subjicitur* (§ 2, tít. III, lib. I. de las Inst.).

No es esta la actual significacion de la frase *derecho de gentes* que se aplica á las reglas que fundadas en el interés de las naciones, establecen sus relaciones mútuas.

Difícilmente podria buscarse el orígen de este derecho en los Estados de la antigüedad. Ni los pueblos de Grecia ni sus filósofos lo conocieron; antes bien por el contrario proclamaron principios que le eran absolutamente opuestos. Los tratados, del mismo modo que los embajadores, estaban en aquellos tiempos bajo la proteccion de la religion: los primeros no tenian otra sancion que la de los juramentos y sacrificios con que se los solemnizaba, y los embajadores para inspirar respeto y procurar la inviolabilidad de sus personas buscaban en los símbolos y signos religiosos que los adornaban, garantías de seguridad contra la rudeza de los tiempos.

Los romanos, que proclamaron el principio bárbaro de *adversus hostem æterna auctoritas esto* en las famosas leyes de las Doce Tablas, dieron una prueba de cuán distantes se hallaban entonces de reconocer lo que hoy llamamos *derecho internacional*, por mas que en los tiempos posteriores al paso que avanzaban en civilizacion, modificaran sus principios.

El Evangelio, predicando la igualdad y el amor que debia unir á todo los hombres, debia naturalmente ir sucesivamente cambiando las ideas,

aproximando á los pueblos, y destruyendo el modo antiguo de ser de la sociedad, para reemplazarlo con otro mas conforme al bien de la humanidad y á la conveniencia de las naciones. El pontificado, las ideas caballerescas, las cruzadas y los progresos de la sociedad, contribuyeron eficazmente á esta obra en los siglos medios, que adelantó bastante despues con los progresos de la civilizacion, la decadencia del feudalismo, la regularidad de los gobiernos, las mayores relaciones de los pueblos, los enlaces de las familias reinantes, y el establecimiento permanente de misiones diplomáticas.

El derecho de gentes se subdivide generalmente en *universal* y *positivo*.

Al universal se da tambien el nombre de *natural*, de *filosófico* y de *europeo*, denominacion hoy impropia, cuando los nuevos Estados de la América lo han adoptado y las potencias no cristianas lo van sucesivamente recibiendo. Este derecho universal se funda en que las relaciones de nacion á nacion tienen un carácter jurídico, y en que los acontecimientos históricos entre los pueblos han producido reglas de derecho positivas y aplicables, reglas que no forman un código escrito admitido espresa y universalmente, pero que de hecho existen en los tratados, en las costumbres de las naciones civilizadas y en las teorías de los publicistas, ante las que no infrecuentemente han inclinado los gobiernos la cabeza.

Por esto es que algunos han definido el derecho de gentes diciendo que era *el mismo derecho natural aplicado á los pueblos*; lo que equivale á decir, que el derecho de gentes establece entre las naciones las mismas relaciones que el derecho natural entre los individuos, y que ni uno ni otro se diferencian en su esencia, y sí solo en su aplicacion, porque ambos representan la razon universal fundada en la naturaleza (1).

Debemos rendir aquí á Hugo de Groot un honor análogo al que le tributamos cuando hemos hablado del derecho natural; él fué tambien el primero que expuso científicamente el derecho de gentes invocado antes por los historiadores y por los jurisconsultos, pero solamente como máximas esparcidas y sin formar un cuerpo de doctrina. Su tratado *De jure belli et pacis*, en que resplandecen sus profundos conocimientos en filosofía,

(1) Antes que Groot, habia en los principios del siglo XVII el célebre jesuita español Francisco Suarez publicado su obra *De legibus et Deo legislatore*, en que hay apreciaciones elevadas de derecho internacional. No tiene su obra tanta importancia que pueda hacer desmerecer en lo mas mínimo lo que del célebre Groot decimos en el texto. Este calificó á Suarez de filósofo y teólogo tan sutil que apenas tenia igual. La obra de Suarez fué publicada en Coimbra año de 1614; otra edicion salió de las prensas de Amberes en el mismo año. La de Groot vió la luz pública en Paris año de 1625.

teología, jurisprudencia y en historia, y su vasta erudicion y talentos como hombre de Estado, fué traducido á todos los idiomas, y publicado en mas de cuarenta ediciones. Esta obra puso la primera piedra de una escuela filosófico-política que tuvo bastante influencia para mejorar la legislacion y hacer grandes beneficios á la humanidad estrechando los vínculos de los pueblos, y haciendo menos funestas las guerras que entre las naciones cultas se suscitan.

Los sucesores de Groot se dividieron: unos siguiendo su doctrina, admitian un derecho de gentes inmutable deducido de la razon, y otro *positivo* y variable que dependia de los usos y de los tratados: los otros negaban la existencia obligatoria de un derecho positivo fundado en tratados y en costumbres, considerando solamente al derecho de gentes como al mismo derecho natural aplicado á las naciones. A la cabeza de estos se hallaba Puffendorf. De aquí provinieron dos escuelas, filosófica la una, é histórica la otra, la cual no por esto se desentendia de las reglas del derecho natural en que exclusivamente se fundaba la contraria. Esta era la expresion genuina de la doctrina de Groot, y esta es la que ha prevalecido, pudiendo decidirse que la contraria ya no tiene partidarios.

El derecho de gentes *positivo*, que tambien se llama *práctico*, comprende las estipulaciones, los

tratados y las costumbres que tienen lugar entre Estados diferentes.

Otra division hay del derecho de gentes no menos importante que la que antecede, division que cada dia es mas autorizada, y que ha dado lugar á que las teorías del derecho internacional adelanten mas y mas por la particular atencion que á sus diversas partes prestan los publicista que de cada uno de los miembros de la division han escrito tratados especiales. Segun ella, el derecho de gentes ó internacional es, ó *público* ó *privado*. Dan el nombre de *derecho internacional público al que establece las relaciones entre los pueblos en los conflictos á que el derecho público da lugar, contraponiéndolo al derecho internacional privado que comprende las reglas para la aplicacion de las leyes civiles y criminales de un Estado en el territorio de otro Estado.*

Cuando hablamos aquí de Estados, nos referimos á las naciones que son independientes y soberanas, las cuales tienen derecho de constituirse segun les plazca sin intervencion de ninguna otra, y por lo tanto de levantar fuerzas de mar y tierra, formar leyes, acuñar moneda, exigir tributos y administrar justicia.

Para que los jóvenes formen una idea sucinta de este derecho internacional privado y de la importancia que tiene, nos limitaremos á trasladar aquí dos párrafos que al principio de su impor-

tante obra sobre esta materia publicó Mr. Félix, uno de los escritores de derecho internacional privado que han conquistado mas renombre:

«El hombre está sometido á la ley bajo el tri»ple aspecto de su persona, de sus bienes y de »sus actos. Por regla general, la ley vigente en »la patria ó en el lugar del domicilio del indivi»duo arregla todo cuanto concierne al estado y »capacidad de su persona. Los bienes son regi»dos por la ley del lugar de su situacion. En »cuanto á los actos lícitos del hombre, las leyes »del lugar donde han pasado rigen sus formas »exteriores. Esas mismas leyes, y las del lugar »de la ejecucion de los contratos, y á veces tam»bien las del domicilio de los contrayentes, in»fluyen en la materia ó en las solemnidades ex»ternas de los actos. Las leyes del domicilio del »autor de un acto ilícito, y las del lugar en que »se ha cometido este acto, ejercen sus efectos en »la represion del mismo acto.

»Sucede muy frecuentemente que el individuo »posea bienes en un estado distinto del de su do»micilio, celebre actos lícitos, ó cometa actos ilí»citos en un tercer territorio; entonces se halla »sometido á la vez á dos ó tres poderes sobera»nos: al de su patria ó de su domicilio, al del »lugar de la situacion de los bienes, y, por últi»mo, al del lugar de la ejecucion de sus actos lí»citos ó de la perpetracion de los actos ilícitos.

»La sumision al poder soberano de su patria »existe desde que nace el individuo, y continúa »mientras no cambia de nacionalidad. Bajo los »otros dos aspectos, las leyes lo consideran tam»bien como súbdito, pero solamente en un sen»tido restringido. Como, por regla general, cada »uno de estos diversos territorios es regido por »leyes que difieren de las de los demás, se sus»citan frecuentemente conflictos entre esas diver»sas leyes, es decir, se trata de determinar cuál »de ellas es aplicable á la contienda.»

Lo que dice el distinguido jurisconsulto respecto á que los bienes son regidos por la ley del lugar de su situacion, debe considerarse limitado á los bienes inmuebles, porque son siempre parte del territorio cuya ley debe aplicárseles. Respecto á los muebles no sucede lo mismo, puesto que siguen siempre la ley del país á que corresponde su dueño, estando, como dicen los jurisconsultos, adheridos á sus huesos: *movilia ossibus inhœrent*. Esta es tambien la doctrina de Mr. Félix.

La grave importancia de las cuestiones de derecho internacional y los conflictos á que dan á veces lugar por cuestiones de fórmulas, ha movido á algunos á establecer además de las divisiones de derecho internacional que llevamos enumeradas, otra en que del derecho público se separa el *diplomático*, nombre que se da á los usos y fórmulas de la admision de embajadores, pre-

sentacion de credenciales, redaccion de tratados y de otras cosas semejantes. Esta subdivision no nos parece bastante justificada, porque no siendo grande la extension del *derecho diplomático*, puede comprenderse, sin inconveniente alguno, en el derecho público internacional.

Al lado del derecho de gentes debe considerarse un derecho administrativo exterior, que establece las reglas para el ejercicio del poder en el extranjero. A este corresponden las que hacen relacion á la conducta de los agentes diplomáticos y consulares.

CAPITULO IX.

Del derecho político.

Para conseguir los fines sociales, además del poder que forma las leyes, es menester que haya magistrados que estén encargados de su ejecucion en general, y de las relaciones exteriores, que diriman las controversias que se susciten entre los ciudadanos, y que castiguen los delitos, aplicando las leyes en los juicios criminales. De aquí dimana la doctrina de la division de los poderes *legislativo, ejecutivo* y *judicial*, que adoptada por Montesquieu, ha sido despues la base de tantas constituciones modernas. Segun esta teoría, para garantir la libertad política y civil del pueblo, las

funciones de los poderes deben estar separadas prácticamente; esto es, confiadas á distintas personas que tengan plena libertad en el círculo de su accion, de modo que recíprocamente puedan contrabalancearse. Al poder legislativo corresponde hacer las leyes, corregirlas y derogarlas: al ejecutivo la declaracion de la paz y la guerra; enviar y recibir embajadores, cuidar de la seguridad pública y evitar sus invasiones: al judicial castigar los delitos y juzgar las diferencias entre los particulares.

Esta teoría de Montesquieu ha sido combatida por algunos que sostienen que el poder es uno por su orígen y por su fin, y por otros que admitiendo dos poderes, el legislativo y el ejecutivo eliminan el judicial, no faltando escritores que al lado de los tres poderes mencionados pongan otros dos, el municipal y el inspectivo.

No puede negarse que en rigor no hay mas que un poder político, si por esta frase se entiende, como en otro lugar (1) hemos manifestado, *la representacion vigorosa, contínua y vigilante del Estado, que abraza las fuerzas de los que lo componen y las dirige á la realizacion de su fin social.* Tampoco puede ponerse en duda que este poder es indivisible, y que no se comprenden dentro de un Estado poderes con fuerzas iguales

(1) En el capítulo I.

y obrando con completa independencia. Esto seria anarquia y no gobierno; seria una lucha continua que vendria á veces á terminar en la guerra civil.

No es esto lo que se ha entendido ni se entiende en la anterior division. La unidad del Estado, las relaciones de todos los que ejercen funciones públicas, y los esfuerzos comunes para llegar al fin social, no se han creido comprometidos por esta division de poderes, no ideada para producir antagonismo, sino por el contrario, para poner en concertada armonía los diferentes medios de accion que tiene el Estado. Ninguno de estos poderes es absoluto en su ejercicio; todos están contrapesados y contenidos dentro de límites para evitar el caso de que en su roce puedan causar perturbacion en el Estado. Así, poniendo por ejemplo las monarquías representativas, que reconocen esta division de poderes, vemos que el legislativo está moderado por la facultad que se da al monarca de convocar los Cuerpos que con él forman las leyes, de suspender sus sesiones, de disolver los de orígen popular llamando á los electores para que expresen de nuevo su voluntad, por la iniciativa del poder ejecutivo en la preparacion de las leyes, por su participacion en las discusiones de los Cuerpos legislativos, y por la facultad de negar la sancion á las leyes: vemos tambien que el monarca no es del todo ajeno al

poder judicial, el cual administra la justicia en su nombre, elige los jueces y tribunales, cuida de que la justicia sea pronta y cumplidamente ejecutada, hace que se promuevan causas á los jueces y magistrados que faltan á sus deberes, y para templar el rigor excesivo de las leyes penales en determinados casos, y la inflexibilidad necesaria de la magistratura, con la gracia de indultar los delincuentes puede atender á consideraciones estrañas al cumplimiento de la ley, facultad que no podria concederse sin peligro á los juzgadores. A su vez los consejeros de la Corona, cuya responsabilidad cubre la del monarca inviolable, tienen su contrapeso en la libérrima facultad que este tiene para separarlos, y en el derecho que se da á los Cuerpos legislativos de censurarlos y aun de promover su acusacion y su castigo por los abusos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Por esto es que algunos han considerado que en esta clase de monarquías el rey es un poder neutro, cuyas atribuciones consisten en templar la accion de los demás poderes, y evitar que se pongan en pugna en los conflictos á que su contínuo roce puede dar lugar.

No insistiremos mas en estas consideraciones; toda la cuestion de que aquí tratamos y á que algunos atribuyen grande importancia, consiste en dar el nombre de *poderes* á lo que realmente son diversas prerogativas, atribuciones ó funcio-

nes del poder: en este sentido no puede desconocerse la ventaja de que se hallen divididas, esto es, confiadas á personas diferentes, que con la necesaria independencia en la parte que es compatible con el bien público, pueden desempeñarlas de la manera que corresponde mejor al cumplimiento del fin social que el Estado se propone. Considerado esto asi, la famosa cuestion de los poderes públicos y de su número viene á ser cuestion de palabras.

Por esto no disputaremos, y menos con calor, acerca de si el cuerpo de funcionarios que aplican las leyes en los negocios civiles y criminales es un poder ó un órden. Las leyes fundamentales de cada Estado lo deciden. En nuestro sentir no se le puede negar el nombre de *poder judicial*, cuando se denomina *poder ejecutivo*, á la institucion que está encargada del cumplimiento general de las leyes. Los que dicen que el poder ejecutivo comprende al judicial, el cual es desmembracion suya, difícilmente podrán sostener, sin faltar á la lógica, que uno de los dos miembros de la division deba llamarse y sea *poder* y no el otro miembro, á pesar de la libertad de accion y completa independencia con que los jueces y magistrados ejercen sus funciones que ante sus fallos deben todos los agentes del poder ejecutivo doblar la cabeza, y que con frecuencia es llamado á decidir los actos de la Administracion.

De todos modos la opinion general está conforme en que ya se considere la existencia de un *poder judicial* distinto del *poder ejecutivo*, ya se suponga que hay un solo poder ejecutivo con el doble carácter que dejamos indicado, las funciones del órden administrativo son de índole distinta de las correspondientes al órden judicial, que deben ser desempeñadas por diferentes funcionarios, que aquellos que administren justicia han de ser inamovibles en las monarquías cuando la eleccion es de la Corona, y estar al abrigo de las iras de los que ejercen cargos del gobierno y de la administracion para que puedan desempeñar los deberes de su alta institucion con la elevacion y nobleza que exige su ministerio y la mision social que les está encomendada.

Los funcionarios del órden administrativo del mismo modo que los del judicial, tienen en su respectiva línea un mismo fin, al aplicacion de las leyes de su competencia respectiva: la diferencia está en la esfera de la accion de cada uno. No puede negarse que las atribuciones de la administracion son mas extensas, mas generales y mas contínuas, que sin cesar obran sobre todos, y que están en constante movimiento à diferencia de las de los tribunales y juzgados que solo pueden ejercitarse cuando son provocadas ó cuando se trata de la represion de los delitos.

Consideraciones semejantes á las que acabamos de exponer, nos hacen no aplaudir ni reprobar aquí la calificacion de poder municipal, lo que supondria una independencia en los que estuvieran al frente de las administraciones locales muy difícil de conciliar con los intereses generales del Estado; por esto tampoco hablamos de ese poder inspectivo, cuya mision deberia ser en concepto de los que la patrocinan, velar sobre los otros poderes para que no se invadan y cumplan con sus deberes respectivos, poder que de hecho ejerce el monarca por esa facultad neutral de que antes hicimos mencion.

Dejando ya estas teorías sin entrar en mas explicaciones, convenientes sin duda en obras de otra índole, pero ajenas á la que escribimos, en estos *Prolegómenos* nos acomodaremos á la nomenclatura recibida.

Como los poderes públicos no pueden quedar á merced del mas osado que de ellos se apodere, en todos los países hay principios, leyes ó costumbres que los organicen. La reunion de estos principios constituye el *derecho político*, llamado tambien *constitucional* ó *público interior*. Así, pues, lo definiremos: *la coleccion de reglas que organizan los poderes públicos*.

El derecho político puede dividirse en general y especial: el primero abraza la teoría del Estado sin relacion á ningun pueblo determinado; el segundo se limita á una nacion, de la que toma el nombre.

La distinta clase de organizacion de los poderes públicos da lugar á los diferentes sistemas de Gobierno. Los escritores de la antigüedad hablaron solo de tres clases, á las que en su concepto debian referirse todas las demás; consideraban el poder supremo, ó radicado en una asamblea formada ó delegada por los miembros libres de la sociedad, ó ejercido por familias, razas ó clases privilegiadas, representadas ya por uno solo que temporalmente estuviera al frente del gobierno, ya por un cuerpo compuesto de miembros escogidos, ó finalmente confiado á una sola persona durante su vida: al primero de estos sistemas llamaban *democrático*; al segundo, *aristocrático*; al tercero, *monárquico*. Pero esta clasificacion se refiere solamente al número de personas que ejercen el poder ó al modo de constituirlo y á los elementos de su formacion, y no á sus relaciones jurídicas, y es insuficiente para expresar las diferencias que existen en la realidad. Por esto, nosotros, sin desechar las palabras *monarquía*, *aristocracia* y *democracia*, porque son símbolos generalmente conocidos para representar ideas concretas y determinadas, pasamos á hacer la division que juzgamos mas conveniente de las diversas formas de gobierno.

Cuando el ejercicio del poder ejecutivo está

confiado á un jefe durante su vida, el gobierno se llama *monárquico:* cuando el que está investido de esta suprema autoridad lo es solo temporalmente ó son muchos los que simultáneamente la ejercen, el gobierno se denomina *republicano.*

Las monarquías son, ó *hereditarias* ó *electivas.* Cuando el órden de sucesion á la corona se halla establecido de modo que hay una série de sucesores préviamente señalada en la ley fundamental del Estado ó seguida por una costumbre que haya obtenido fuerza de ley la monarquía es *hereditaria.* La palabra *hereditaria*, aplicada á la corona, significa únicamente que la sucesion al trono recae en la persona designada segun las leyes ó costumbres constitutivas de cada país; pero bajo ningun concepto que los reyes puedan mirar á los pueblos como propiedad suya, porque, cualesquiera que sean las ideas que acerca del poder de los monarcas hayan dominado en otros tiempos, ningun país civilizado admite hoy que las personas, los pueblos y los bienes estén á merced del libre arbitrio de los que con diferentes denominaciones están al frente de los Estados. Ninguno sostiene que los pueblos se han hecho para los monarcas, si no los monarcas para gobernar á los pueblos dentro de los límites de las leyes fundamentales. Y para procurar el bienestar el órden y el progreso de las naciones á cuya cabeza, ó el nacimiento ó la eleccion los

ha colocado. Cuando antes ó despues de la muerte de un monarca se provee á la sucesion que no está señalada por regla general en las leyes fundamentales del Estado, la monarquía es electiva.

Las monarquías además son, ó representativas, ó absolutas, ó despóticas. Llámanse *representativas constitucionales* aquellas en que el monarca, al mismo tiempo que está encargado de la ejecucion de las leyes, coopera á su formacion con los representantes del país, pero sin mezclarse en el ejercicio del poder judicial, independiente de él en sus funciones. *Absolutas* se denominan aquellas en que el monarca ejerce plenamente los poderes ejecutivo y legislativo, mas observando las leyes en que se hallan establecidos los principios constitutivos del Estado y sus relaciones con el pueblo. Cuando no existen estos principios, sino que la voluntad del monarca es ley en cada caso que se ofrece, y no hay vínculo comun que ligue á los súbditos con el monarca, entonces el gobierno es *despótico*, y déspota el que gobierna. El déspota que invade los derechos civiles de los ciudanos se convierte en *tirano.*

Las Repúblicas son, ó aristocráticas ó democráticas. Cuando los agentes del poder ejecutivo y los miembros del legislativo y judicial están elegidos de entre todos los ciudadanos sin mas con-

sideracion que sus cualidades personales, la República es *democrática*. Si las personas que componen el poder ejecutivo, y aun, como ha acontecido en algunos puntos, el legislativo, son de familias, castas ó clases privilegiadas, la República se llama *aristocrática*. Cuando las familias castas ó clases son muy reducidas, se llama *oligarquia*, y si la raza ó clase privilegiada es la sacerdotal, el gobierno se conoce con el nombre de *teocrático*.

Las Repúblicas democráticas, que tienen confundidos los poderes, degeneran en *ochlocracias*, y cuando esta confusion de poderes no se halla sujeta á reglas fijas en su distribucion y ejercicio, el resultado es la *anarquia*, mónstruo tan atroz como la tiranía, pero menos funesto para los pueblos, porque es menos duradero.

Los tres elementos monárquico, democrático y aristocrático no son entre sí incompatibles; por el contrario, pueden entrar sin dificultad en la constitucion del gobierno. De aquí nacen los gobiernos mixtos. Así pueden formarse multitud de combinaciones en que dominen mas ó menos cada uno de los expresados principios. En algunos Estados, regidos constitucionalmente, se ha visto en los tiempos modernos buscar una combinacion que tiene muchos partidarios y que limita el poder del monarca con un cuerpo aristocrático y con otro de eleccion popular, estableciendo que

ambos con el jefe supremo del Estado ejerzan el poder legislativo, y dándoles en la gobernacion una intervencion mayor ó menor, pero que siempre es la representacion de las diferentes clases del Estado en la gestion de los negocios públicos.

Muy importantes son sin duda las formas de gobierno, la division de las funciones públicas entre los que ejercen el poder en sus diferentes manifestaciones, y la prevision de las constituciones para que ningun poder salga de los límites de sus atribuciones respectivas: pero la experiencia enseña que no hay forma de gobierno de que no pueda abusarse, creando conflictos capaces de conducir á revoluciones ó á la tiranía, ya ejercida por uno, ya por muchos. La prudencia de los poderes públicos debe evitar estas calamidades, teniendo en cuenta que deben moderarse respetándose recíprocamente, y dando á todos ejemplo de templanza para no lanzar á las naciones en males incalculables.

El derecho político especial de cada Estado comprende principalmente la constitucion y atribuciones de los poderes públicos, las reglas á que están sometidos en su ejercicio, y los medios que aseguran su observancia.

CAPITULO X.

Del derecho administrativo.

El *derecho administrativo* es una consecuencia del político, cuyas reglas desarrolla acomodándolas en la práctica á las necesidades de los pueblos y de los tiempos. Su objeto es señalar el modo que tiene de ejercer su accion el poder ejecutivo. Esta accion comunmente recibe el nombre de *Administracion*; de suerte que el derecho administrativo viene á ser la teoría de la administracion del Estado. Difícil es su definicion por la grande extension que tiene, y por las disposiciones de diferente índole que comprende. Hay quien le define *el que organiza y arregla el modo de poner en accion el poder ejecutivo*, definicion que ha sido impugnada por confundir con la Administracion el ejercicio del poder político, que no solo extiende su accion sobre las leyes administrativas, sino tambien sobre las constitucionales. Otros lo consideran como *la reunion de todos los preceptos á excepcion de los del derecho constitucional, que arreglan las atribuciones respectivas de los funcionarios públicos encargados de la gestion de los intereses de la sociedad*, explicacion escasa á nuestro juicio, porque no da idea ni aun sucinta de la grande extension del derecho administrativo, y parece limitada á la organiza-

cion, jerarquía y facultades de los agentes de la Administracion. Menos inconvenientes tiene, en concepto nuestro, definirlo *el conjunto de reglas que, teniendo por base el derecho político, y por fin el interés general de la sociedad, establecen y fijan las relaciones generales del Estado con los particulares, y de los particulares con el Estado.*

Esta definicion desde luego nos hace conocer la línea de separacion entre el derecho político en sentido riguroso, el civil y administrativo. El primero se refiere solamente á los grandes principios políticos y á la organizacion de los poderes del Estado: el segundo á las relaciones mútuas de los ciudadanos; el tercero á las relaciones entre el Estado y los particulares.

Grande es la extension del derecho administrativo, y muchos los pormenores á que desciende. No es menor su importancia, porque tiene gran relacion con todos los actos de la vida, acompañando al hombre desde la cuna hasta el sepulcro en la acciones al parecer mas insignificantes, dándole seguridad y garantía en su persona y en sus bienes.

La division de los poderes públicos en los gobiernos representativos viene á reflejarse en la distinta clase de leyes que arreglan su accion y su libre movimiento. El Poder legislativo, ligado solo por las leyes constitucionales, cuyo carácter es puramente político, y obrando en muy anch

esfera tiene por único objeto la conveniencia y la utilidad pública, fija su vista en el porvenir, y sólo acude á lo pasado para sacar lecciones provechosas, poner en contribucion la historia y la experiencia de los siglos, ó conciliar los derechos y los intereses antiguos con los nuevos que se crean por efecto de las necesidades siempre crecientes de la sociedad.

El Poder ejecutivo, que cuida del cumplimiento de las leyes en general, es el primero obligado á guardarlas. Para poder llenar su encargo expide todas cuantas disposiciones generales ó especiales son necesarias, pero cuidando siempre de no invadir el terreno legislativo, que le está vedado, y si en momentos críticos ó impulsado por circunstancias extraordinarias, se vé en la imprescindible necesidad de adoptar disposiciones que constitucionalmente corresponden al poder legislativo, debe darle cuenta despues para obtener la aprobacion ó censura de su conducta.

El conjunto de las reglas generales establecidas para que el poder ejecutivo llene sus funciones, forma la materia del derecho administrativo. Este derecho trata de la organizacion de los distintos agentes del poder ejecutivo, de su jerarquía, de sus atribuciones, de sus mútuas relaciones, de su dependencia, de su responsabilidad, de las condiciones y forma de su eleccion, de su suspension, destitucion, derechos, deberes y garantías, de la

organizacion y atribuciones de los Cuerpos que ejercen funciones administrativas ó consultivas, de la seguridad interior y exterior del Estado, y sosten del órden público, del modo de hacer efectivas las leyes constitucionales, de los servicios públicos personales ó pecuniarios que deben prestar los individuos, de la policía en los diversos y complicados ramos que comprende, del fomento intelectual y material del país, de los establecimientos públicos, de los bienes del Estado, de su administracion y enajenacion, y para decirlo de una vez, de la ejecucion de todas las leyes y disposiciones que no caen especialmente bajo la jurisdiccion de los tribunales. Vigilante á todas horas el poder que dá impulso á tantas y tan diversas y complicadas atribuciones, necesita ser rápido en su ejercicio, y estar en continua accion y movimiento.

El derecho civil y penal es la norma del Poder judicial, que grave en sus funciones, y ligado siempre á formas rigurosas, está llamado únicamente á ejercer el alto cargo de juzgar de las contiendas individuales y de castigar los delitos. Su accion es, por decirlo así, individual, porque limitado á decisiones particulares, no debe establecer reglas que tengan un carácter general.

De lo dicho se infiere que el Poder legislativo legisla; que el ejecutivo gobierna; que el judicial juzga; que los actos del primero son de soberanía, y los de los segundos de magistratura.

Hay Estados en que la Administracion tiene un doble carácter, el de *activa* y el de *contenciosa*. Este último carácter dá lugar á la jurisdiccion *contencioso-administrativa*, á que se da tambien el nombre de *retenida*, denominacion nacida de la suposicion de que el que está puesto al frente del Estado, en cuyo nombre se administra la justicia, la retiene sin que se haya desmembrado al pasar por regla general al Poder judicial todo lo que se refiere á los juicios civiles y criminales. El objeto de esta jurisdiccion es salvar la independencia del Poder ejecutivo, no permitiendo que actos que son emanacion de sus atribuciones, caigan bajo la competencia del Poder judicial, el que, á ser así, vendria á sobreponerse al ejecutivo, y á ejercer de hecho funciones administrativas, saliendo de los límites naturales que la teoría de la division de poderes le señala.

En este sistema la Administracion en su carácter de *activa*, atiende al cumplimiento de las leyes y disposiciones reglamentarias que son de su competencia, y con el carácter de *contenciosa* juzga los litigios que nacen de los actos administrativos cuando estos violan derechos de particulares. Mas esta jurisdiccion se limita sola y exclusivamente cuando la Administracion comete el agravio en actos relativos al ejercicio de sus funciones, pero nunca cuando el Estado como persona jurídica reclama derechos puramente civiles ó es deman-

dado por ellos, pues entonces la decision de estas cuestiones corresponden íntegramente al Poder judicial.

La separacion de los actos de una y otra clase es á veces difícil, y no lo es menos la fijacion de límites de las atribuciones entre los agentes de la Administracion y los del órden judicial, dificultades que no han permitido aun que se fije acerca de estos puntos una teoría tan completa y exacta como es de desear, sin que hayan bastado los esfuerzos de los que estudiando con cuidadosa diligencia y con distinguido talento los muchos y luminosos datos que hay ya, han procurado formular en principios teóricos, lo que en la práctica viene ejecutándose.

Del doble carácter de la Administracion ya activo, ya contencioso en donde existe, nace que el derecho administrativo en la ejecucion de las leyes tenga dos clases diferentes de procedimientos. Mientras los negocios están dentro de los límites de la Administracion activa, no hay por regla general trámites señalados para su instruccion; la naturaleza de los negocios, la prudencia, la equidad y buen deseo de evitar litigios y dificultades al promover los intereses públicos, indican á los agentes de la Administracion la conducta que han de seguir, y que no podria fijar la ley con acierto en la multiplicidad y complicacion de casos que se presentan. Pero cuando los negocios to-

man el carácter contencioso, cuando no son ya intereses, sino derechos los que se ventilan, entonces adopta la Administracion las formas judiciales, como garantía de los que con ella tienen que litigar, y como prenda de acierto para que sea bien administrada la justicia. Formas tambien semejantes á las judiciales se hallan establecidas para la decision de las competencias que entre las autoridades administrativas y las del órden judicial pueden promoverse.

Tambien llegó á admitirse en España el doble carácter de la Administracion activa y contenciosa, confiándose el ejercicio de la jurisdiccion retenida á los Consejos provinciales que juzgaban en primera instancia causando ejecutoria sus fallos cuando no eran apelados, y llevándose al Consejo de Estado las apelaciones y todas las demandas contra los actos administrativos que vulneraban derechos cuando habian causado estado, ó lo que es lo mismo, cuando no admitian ningun recurso ante la Administracion activa, y procedian los agravios alegados del Gobierno ó de los demás centros generales. El Consejo de Estado se limitaba á consultar, y el Gobierno tenia la facultad de conformarse ó no con el proyecto de sentencia, si bien la ley habia introducido algunas precauciones para que no se abusara fácilmente de esta atribucion. No puede desconocerse que esta era una verdadera jurisdiccion re-

tenida. En la revolucion de 1868 no predominaron los principios antes aceptados. Las cuestiones contenciosas administrativas, se atribuyeron á las Audiencias territoriales y al Tribunal Supremo respectivamente, que es donde ahora se siguen y se terminan en los mismos casos en que respectivamente entendian antes los Consejos provinciales y el de Estado. Introdujéronse sin embargo gravísimas alteraciones de las cuales para nuestro propósito bastará aquí decir que ni la Administracion activa da su autorizacion para cursar las demandas, ni tiene facultad para alterar el fallo del Tribunal Supremo que causa verdadera ejecutoria sin mas recursos que aquellos que para ante el mismo permite la ley. Esto supuesto, ¿se puede decir que hay pleitos contencioso-administrativos? De hecho así se llaman los que se siguen contra las providencias de la Administracion, pero con impropiedad, puesto que no hay jurisdiccion contencioso-administrativa, donde el Gobierno no está autorizado para alterar el fallo que por via de consulta se le pasaba antes, y que ahora es una verdadera ejecutoria. Es de creer que se pondrán en relacion exacta los hombres y las cosas, como lo aconseja el rigor de los principios.

Entre los muchos y complicados problemas que la época actual está llamada á resolver en los pueblos modernos, hay uno que por su genera-

lidad y trascendencia llama la atencion sobre todos los otros. Este es el de la centralizacion, principio exagerado por algunos hasta el extremo de querer que la accion inmediata del Gobierno penetre en todos los intereses del país y pese con igual eficacia y vigor sobre los del municipio y de la provincia que sobre los generales del Estado, al paso que otros quisieran por el contrario dar tan grande libertad á estas unidades administrativas, que tuvieran casi completa independencia del poder central, llevando sus pretensiones hasta el extremo de hacer peligrar la accion política del Gobierno ante las resistencias de las libertades municipales y provinciales.

Ninguno de estos sistemas nos parece aceptable. El de la centralizacion rigurosa, invencion del génio revolucionario, aceptada hasta con frenesí por gobiernos que se llaman conservadores, tiene los gravísimos inconvenientes de llevar toda la vida del Estado al centro, de hacer depender de él sola y exclusivamente la suerte del país en los dias de conmociones populares y en aquellos en que un invasor osado llega al centro del Gobierno, lo dispersa y se hace dueño de la ciudad en que funciona, de sofocar los intereses provinciales y locales, impidiéndoles la libertad necesaria para que puedan desenvolverse; de no dejar á las ambiciones legítimas otro medio para hacer bien á su país, que el de las aspiraciones polí-

ticas, ocupando un lugar en los parlamentos ó en los consejos del que se halla al frente del Estado; de quitar esos centros intermedios de vitalidad política, que tan poderosos son algunas veces para salvar al pais en las graves crísis por que atraviesa; de aumentar extraordinariamente el número de empleados; de ser en ocasiones un obstáculo contínuo para las reformas; de amortiguar el amor á la patria, que naturalmente decae en los que sintiéndose con fuerzas para servirla en otras funciones que las del gobierno del Estado, se ven privados de la iniciativa y de los medios de poderlo hacer al menos con la libertad de accion que consideran necesaria; y por último, de la incompetencia que tiene la Administracion general para conocer las necesidades provinciales y municipales mejor que los que constantemente las palpan y estudian.

Los que por el contrario quieren dar una libertad casi absoluta á los centros provinciales y municipales, no reparan en que hay intereses grandes del Estado á que sin peligro no puede llegar otra accion que la del Gobierno, que sus doctrinas podrian conducir á la pérdida de la independencia del país, ó á la desmembracion de parte de su territorio, ó á la anarquía por falta de unidad y de armonía entre las diferentes partes del Estado, y de energía y fuerza en el Gobierno; y por último, que este no podria llenar su mision

para hacer cumplir las leyes, si encontrara resistencias que el legislador por imprevision hiciera invencibles.

Ambos sistemas nos parecen inaceptables: no creemos que la útil y verdadera unidad del Estado consista en ese avasallamiento de todo lo que no es él: nos parece que mejor se consigue este fin poniéndose en armonía la libertad de los municipios y de las provincias con la que necesita el gobierno central, no creando antagonismos, y teniéndose en cuenta que el poder contribuir al bien del pueblo ó al de la provincia, en que el hombre tiene sus relaciones de sangre, de amistad y las simpatías de toda la vida, cuyo dialecto habla, será un modo de dar á ciertas ambiciones direccion provechosa al país, alejándolas de pretensiones y deseos injustificados que son un embarazo permanente para los gobiernos. En una palabra, nuestra opinion es que deben centralizarse todos los intereses morales, políticos y permanentes, dejándose mayor latitud y mas libertad á las Administraciones provinciales y municipales respecto á los intereses materiales, transitorios y que no puedan comprometer el porvenir. Pero no por eso creemos que debe privarse al Gobierno de ese supremo derecho de inspeccion que le es indispensable para que las leyes sean bien y cumplidamente ejecutadas en el Estado, porque sin esta facultad el Gobierno se haria imposible, y

tendria que ser mas limitada la responsabilidad de aquellos que lo dirigieran.

CAPITULO XI.

Del derecho canónico.

La Iglesia, esta sociedad fundada por Jesucristo, que además de santificar la moral contribuye al bien universal de la especie humana, no es entre nosotros una asociacion particular regida por las leyes de derecho civil establecidas para las demás sociedades, sino que se distingue esencialmente de estas por su extension, que no tiene otros límites que los del Estado, por la diversidad de las relaciones que comprende, y por su grande influencia sobre el pueblo, á cuya instruccion y desarrollo intelectual tan eficazmente contribuye, no menos que por la gran mision que ha ejercido para el buen órden y civilizacion del mundo. Las divinas máximas, los sublimes preceptos del Evangelio suavizando las costumbres y confundiendo ante el altar todas las categorías de la tierra, han contribuido poderosamente á la perfeccion del derecho. Desde el momento en que el siervo vió un hermano en su señor, yà se vislumbró el dia feliz de la emancipacion de los esclavos: desde que la mujer, al ofrecer su fé al hombre al pié de los altares, fué llamada su com-

pañera, ennobleciéndose el matrimonio, salió de la abyeccion en que por las leyes estaba la que delante de Dios era tan principal parte de la sociedad conyugal santificada por el sacramento. De tantos beneficios provino que desde el momento que la Iglesia dejó de sufrir las persecuciones de los Césares, y de regar con la sangre de sus mártires el vasto territorio del Imperio, empezara á tener una constitucion pública, y una organizacion jurídica garantida por las potestades temporales que le dispensaron una proteccion legal, y facilitaron el desarrollo de su influencia sobre la tierra.

Esta constitucion pública de la Iglesia supone necesariamente medios precisos de precepto y de accion, vínculos que unan á los que mandan y á los que obedecen, reglas que fijen las relaciones entre sus diferentes miembros, y magistrados que estén encargados de su cumplimiento en general, y de su aplicacion á los casos individuales. Así la constitucion pública de la Iglesia viene á asemejarse á la de la sociedad civil, y se eleva á su lado, á su sombra, y bajo sus auspicios.

No es nuestro objeto analizar aquí los diversos poderes de la sociedad eclesiástica, ni el modo que tiene de ejercer la accion que á cada uno corresponde: basta á nuestro propósito decir, que además del imperio moral que sobre las conciencias ejerce la religion, existen vínculos jurídicos que arreglan sus relaciones exteriores. Las leyes generales establecidas al efecto se llaman *cánones*, esto es, reglas, palabra genérica en sí misma, y aplicable á todos los preceptos del derecho, pero que solo se da en el uso comun á los que forman el eclesiástico, que recibe por lo tanto el nombre de *canónico*.

La jurisdiccion eclesiástica limitada por su naturaleza á los negocios eclesiásticos puramente, se extendió despues á algunos temporales. Las palabras del apóstol San Pablo aconsejando á los cristianos que acudieran á los eclesiásticos con objeto de terminar las cuestiones que tuvieran respecto á las cosas temporales, dió lugar á que muchos comprometieran en ellos sus diferencias. Dada la paz á la Iglesia, fué este mismo consejo orígen de la jurisdiccion eclesiástica, y el emperador Valentiniano III dió á los obispos la facultad de juzgar de todo lo que á ellos llevaran los interesados por consecuencia de un compromiso. Mas adelante llegó el emperador Justiniano, eximiendo á todos los eclesiásticos de la jurisdiccion laical y sometiéndolos á los tribunales de los obispos. Así fué extendiéndose despues la jurisdiccion eclesiástica en todo el mundo cristiano por concesiones de los príncipes á cosas que no eran de su verdadera competencia. Resultado de esto fué que saliera frecuentemente de los límites que su propia índole, el bien de la Iglesia y la auto-

ridad de las leyes seculares en los respectivos pueblos le habian señalado. De aquí provino que las potestades temporales, al mismo tiempo que proclamaban la obediencia á los preceptos de la jurisdiccion eclesiástica, establecieran para el Estado garantías cuyo objeto era mantener ileso el principio de su soberanía, dispensar proteccion á sus súbditos, é impedir las invasiones de poder, que pudieran cometerse.

Estos principios han prevalecido entre nosotros como en varios países católicos. La Iglesia y el Estado unidos con vínculos estrechos, auxiliándose mútuamente, pero sin absorberse ni confundirse, arreglando de comun acuerdo los puntos referentes á la disciplina por concordatos ú otras convenciones, respetándose, y no invadiéndose, conservan la armonía que es indispensable para el cumplimiento de los deberes que la autoridad temporal y la espiritual tienen que cumplir, conservando su necesaria independencia. Las reglas que al efecto se hallan establecidas deben observarse escrupulosamente con especialidad en los países en que como en el nuestro ha sucedido hasta la promulgacion de la Constitucion de 1869, la religion católica era la única en el Estado, hallándose prohibidos los demás cultos. Y si alguna vez las autoridades eclesiásticas traspasan los límites de su competencia, medios hay eficaces, regulares y prudentes para restablecer la perturbacion causada. Estos son los recursos de proteccion y de fuerza, por medio de los cuales la potestad civil viene en auxilio de los que ó son incompetentemente llevados á los tribunales eclesiásticos, ó no son oidos con el órden, ritualidad y garantías establecidas en las leyes, para que cese el agravio que sufren. Pero además de este medio, hay otro preventivo para impedir la ejecucion de lo que puede introducir perturbaciones, ir contra las leyes y costumbres que no necesitan reformarse ó perjudicar á los particulares. Este es el establecimiento del pase real á las bulas, breves, rescriptos y decretos de la Corte de Roma, admitido por muchos Estados. Con estos remedios no hay extralimitacion que no pueda ser impedida, contenida ó reparada.

En los tiempos modernos la jurisdiccion eclesiástica en lo que se refiere á las cosas verdaderamente eclesiásticas, ha sido suprimida en algunos Estados y considerablemente reducida en otros. Entre nosotros ha sido reducida en los últimos tiempos á los negocios espirituales.

Basta lo dicho para que se conozca la importancia del derecho canónico como monumento histórico y científico en todas partes, y entre nosotros como una parte de nuestro derecho público y privado: á él ha habido que acudir continuamente para todas las relaciones entre la Iglesia y el Estado, para muchos importantes

actos de la vida civil, para el matrimonio, base de la familia, rigiendo como derecho nacional las disposiciones del canónico, que señalaban las circunstancias de los que lo contraian, su capacidad, los impedimentos que obstaban á su celebracion, y la naturaleza, condiciones, validez ó nulidad del celebrado, y lo que se referia á las relaciones del cristiano con la Iglesia que recibia en sus brazos al niño al nacer para purificarlo con las aguas del bautismo y no abandonaba al hombre hasta darle sepultura.

La nueva constitucion del Estado, permite la profesion pública de otras religiones que no sean la Católica, lo cual, y la institucion del matrimonio civil como único que ha de producir efectos legales, modifican un tanto nuestro derecho público en sus relaciones con la Iglesia.

CAPITULO XII.

Del derecho civil.

La definicion que del *derecho civil* adoptó el emperador Justiniano, por si sola da á conocer que no es este sentido el en que hoy lo consideramos. Sin embargo, la respetable autoridad de las leyes romanas, y el ser las Instituciones la obra doctrinal que forma la base del estudio de nuestros letrados, exige que nos detengamos algo

en esta materia, como por iguales motivos lo hicimos en la definicion del derecho de gentes.

Derecho civil, dice Justiniano, *es el que cada pueblo forma para si* (1), y tiene esta denominacion, porque es el propio, el exclusivo de cada uno. Bajo este nombre, pues, comprende las leyes que en nuestra division constituyen el derecho político, el criminal, el administrativo, el canónico y los procedimientos.

Nosotros hoy entendemos por civil *el que comprende las relaciones mútuas de los individuos*, considerándolos aisladamente y con independencia de la hipótesis de una garantia pública.

Una antigua division fundada en la naturaleza de las cosas, y adoptada ya en el Derecho romano, establece como objetos del derecho civil las *personas*, las *cosas* y las *acciones*.

El hombre, considerado individualmente en sus relaciones domésticas y civiles, es el primer objeto de las leyes que lo siguen en todas partes, y fijan su estado, su condicion y su capacidad. Considerándolo con relacion á la sociedad civil, arreglan sus derechos cuando es súbdito, y si es extranjero le garantizan en los que son extensivos á todos los hombres. Considerándolo en el

(1) *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est civitatis vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis* (§ 1, tít. II, lib. I de las Instituciones).

círculo de la sociedad doméstica aun antes de nacer, velan por su conservacion y para asegurarle los derechos de su filiacion legítima; nacido lo protegen desde la cuna, señalan sus derechos y obligaciones como hijo de familia; cuando pierde sus padres en la edad en que sus fuerzas físicas y morales no están aun en todo desarrolladas, lo cercan de una autoridad de vigilancia, de proteccion y de consuelo que obre por él, dirija sus pasos, é ilustre su razon; y por último, cuando llega á la edad de madurez, lo constituyen á su vez jefe de familia, y supliendo frecuentemente sus omisiones en los actos y contratos, le siguen en toda la vida, y trasmiten á sus sucesores su nombre con su fortuna.

Pero no es solo el hombre físico el considerado por las leyes como persona. Estas, por medio de abstracciones, crean *personas jurídicas*, y las hacen capaces de derechos y obligaciones como á los individuos: así vemos frecuentemente considerarse como personas al Estado, á las ciudades, á los establecimientos públicos y al Fisco. De esto se infiere que la palabra *persona* no se refiere al hombre físico, sino mas bien á un ente moral y jurídico que es objeto activo ó pasivo de los derechos y de las obligaciones. Podemos por lo tanto definir la persona: *todo sér susceptible de obligaciones y derechos.*

Del mismo modo que hemos dicho de las per-

sonas, la palabra *cosa* tiene una significacion jurídica distinta de la gramatical. La ley en virtud del mismo poder de abstraccion de que antes hemos hablado, crea cosas de existencia puramente jurídica. Así es que no solo los cuerpos físicos que afectan á nuestros sentidos exteriores son cosas, sino que lo son tambien otras incorporales que solo pueden ser concebidas por la inteligencia. El derecho hereditario, las servidumbres y las obligaciones son cosas que no existen físicamente; sin embargo, son objetos jurídicos que sirven al hombre, y de que el hombre puede disponer. El derecho civil solamente considera las cosas en cuanto son ó pueden ser capaces de propiedad, de derechos ó de obligaciones, y por lo tanto podemos definir la palabra *cosa: todo lo que puede ser objeto de un derecho.*

La parte del derecho civil que trata de las cosas puede ser considerada como la teoría de la propiedad, porque á la propiedad de las cosas vienen á referirse todas sus doctrinas. Así es que en esta parte del derecho corresponde examinar el modo de adquirirla, el de comunicarla á otros y el de trasmitirla.

Cuando hablamos en general de las cosas, implícitamente comprendemos las *obligaciones* que son cosas incorporales; sin embargo, por su extension y por su importancia puede decirse que constituyen una parte especial del derecho. La

esencia de ellas consiste en la necesidad jurídica que tiene una persona de dar ó hacer alguna cosa. Cada obligacion tiene un derecho correlativo que consiste en la facultad que tiene de exigir su cumplimiento aquel á cuyo favor ha sido constituida.

Estas obligaciones resultan unas veces de actos lícitos, y otras de ilícitos. Como fuente de las obligaciones emanadas de actos lícitos, consideran las leyes al consentimiento verdadero, esto es, el que aparece de la voluntad expresamente manifestada por los otorgante, y al presunto, ó lo que es lo mismo, el demostrado por hechos. El consentimiento verdadero expreso ó tácito, es el que da orígen á los contratos; sin él no son posibles. Los antiguos legisladores rodearon los contratos de mas sutilezas, mas minuciosidades y mas solemnidades, de modo que la forma era frecuentemente la que daba fuerza á la obligacion: en las sociedades modernas la voluntad séria y deliberada es la que les da validez entera.

En el consentimiento presunto se fundan algunas obligaciones, porque la ley finge que ha consentido en las consecuencias el que consiente en las causas. Así se presume que aquel que administra los negocios de otro sin mandato suyo especial, quiere obligarse á dar cuentas por esta gestion oficiosa.

Los delitos por comision ó por omision, son

los hechos ilícitos de que dimanan las obligaciones. Estas obligaciones se fundan en que la justicia reclama que cada uno resarza los daños ocasionados por su dolo, por su impericia culpable ó por su negligencia.

Las acciones tienen un doble aspecto. Consideradas simplemente como derechos, esto es, como la representacion de una cosa *en* la que ó *á* la que tenemos derecho son cosas incorporales que están en el patrimonio del que puede ejercitarlas, y en este concepto pertenecen al segundo objeto del derecho. Pero cuando se las considera como los medios legales de obtener en juicio lo que es nuestro ó lo que se nos debe contra la injusta negativa de la persona que tiene la obligacion de dar, pertenecen al tercero y último objeto del derecho. Por medio de ellas podemos hacer respetar todos nuestros derechos, cualquiera que sea la clase á que pertenezcan, bien se refieran á nuestro estado civil, á la propiedad y á todas sus modificaciones, comunicaciones y trasmisiones, y á las obligaciones de todas clases. Su teoría es la base de las actuaciones judiciales de que hablaremos en el lugar oportuno.

CAPITULO XIII.

Del Derecho romano.

Al tratar del derecho civil debemos hablar espresamente del romano, uno de los elementos que mas han contribuido á la civilizacion europea. Roma, el pueblo rey, ha dejado monumentos legales que no han perecido ni con el trascurso de los tiempos, ni con los adelantos de la civilizacion, ni con las revoluciones que tan frecuentemente han agitado al mundo. Perfeccionando prudentemente el edificio de sus leyes, fué el pueblo destinado á reducir á preceptos escritos las máximas eternas de la razon, y á legar á los siglos un tesoro de saber y de justicia. En sus diferentes formas de Gobierno, en los distintos intereses que sucesivamente se creaban, en medio del cambio mismo de sus creencias religiosas, siempre dominó en su derecho civil un espíritu progresivo. Así es que sus leyes pueden considerarse como la obra de muchos siglos. Iniciado apenas el Derecho romano en tiempo de los reyes, comienza á tener un carácter propio, fijo y especial durante la República, y es perfeccionado cuando los Césares habian ya sustituido su voluntad á la de las Asambleas del pueblo. No es nuestro objeto declarar aquí hasta qué punto

influyeron en su perfeccion las contiendas entre patricios y plebeyos, los principios aristocrático y democrático sucesivamente desenvueltos, la extension del poderío y del renombre romano, su mezcla con los demás pueblos, el cristianismo sustituido á la idolatría, las leyes, los plebiscitos, los senado-consultos, los edictos de los magistrados, las constituciones de los príncipes y las doctrinas de los jurisconsultos; solo diremos que en Constantinopla, como en Roma, el derecho cada vez fué adquiriendo un carácter mas general, carácter que habia de dar al pueblo romano una dominacion mas permanente que la transitoria de sus conquistas colosales.

Debióse principalmente este carácter de universalidad al cuidado que tuvieron los romanos, de ir asimilando aunque lenta y sucesivamente su legislacion con la de los pueblos con quienes estaban en relaciones aceptando de las leyes extrañas lo que pudiera contribuir á la perfeccion de las propias, mitigando los principios exclusivos y rigurosos de su primitivo derecho, y de sus formas simbólicas y rituales, y sustituyendo á lo que no tenia ya otra razon de ser que las circunstancias históricas de aquel gran pueblo, los principios de la razon universal que dominaban en otros paises, dándoles carta de naturaleza, y devolviéndoles despues en forma científica y doctrinal las reglas que en gran parte de ellos habia recibido.

Contribuyó tambien poderosamente al éxito la grande extension del Imperio, pues, como era natural, las águilas romanas que tras sí llevaban la civilizacion, los usos, las costumbres y el idioma de aquel gran pueblo, extendieron tambien á las naciones que dominaban, su legislacion, muy superior á la de los pueblos vencidos.

Nunca desapareció la profunda huella que habia dejado el derecho romano en los pueblos sujetos á su dominacion. Por esto al verificarse en la edad media el renacimiento de los estudios jurídicos, las obras legales del Emperador Justiniano, fueron filtrando poco á poco en todas las escuelas de derecho, en todos los tribunales, y aun en las leyes de los mismos pueblos que jamás habian estado sujetos á su cetro, como España, Francia, Inglaterra y Alemania. Ellas con las costumbres de los pueblos germanos que invadieron las provincias del Imperio, son las fuentes del derecho de todas las naciones europeas. Su conocimiento es indispensable, no solo para saber los orígenes del derecho, estudio necesario á cuantos pretendan el nombre de jurisconsultos, sino para entender las leyes en su genuino y en su natural sentido.

Y esto lo han reconocido las naciones modernas: en todas ellas el Derecho romano es la base fundamental de los estudios del jurista, es en la parte civil el Derecho modelo, la gran obra de

la antigüedad á que acuden con afan los legisladores para recibir sus inspiraciones y los jurisconsultos para comprender el espíritu de los nuevos códigos. Unos y otros lo admiran por su sabiduría, por su justicia, por su prevision y por la maestría con que se halla redactada su parte clásica, ese gran legado de los jurisconsultos que en los últimos tiempos de la República y en los primeros siglos del Imperio escribiendo en preceptos concisos las reglas eternas del derecho universal, hicieron sus nombres inmortales. No desconocemos la tendencia de algunos que poco afectos á la ciencia quisieran que desapareciese por completo el estudio de este derecho de las escuelas, persuadidos de que solo con los códigos modernos ó con los especiales de un país puede haber juristas consumados. No han pensado así los grandes jurisconsultos de los siglos antiguos y modernos, todos ellos encarecen como base capital de los estudios del jurista el Derecho romano comparado por el gran Leibnitz á la geometría. Como Leibnitz opinaron los autores del Código-Napoleon, que aceptado en algunos Estados é imitado por otros, es sin duda la obra que mas ha contribuido á hacer general el anhelo de codificar. Portalis, á quien tanta gloria cupo en la empresa, decia en un discurso á la Academia de Legislacion: «No podreis llegar á comprender el »Código civil, si solo estudiais esta obra. Los

»filósofos y los jurisconsultos de Roma, son aun »los legisladores del género humano. Para el edi- »ficio de nuestra legislacion nacional hemos acu- »dido á los ricos materiales que nos trasmitieron. »Roma sometió á Europa con las armas y la civi- »lizó con sus leyes.» Gary, otro de los jurisconsultos que formaron el mismo Código, decia al Cuerpo legislativo: «Séame permitido denunciar »un error difundido por la ignorancia y que solo »puede acoger la pereza, á saber que bastará el »estudio del Código civil á los que se dediquen »al conocimiento de las leyes. Repetiremos hasta »la saciedad, siguiendo el ejemplo de nuestros »grandes magistrados y de nuestros mas célebres »jurisconsultos, que debe estudiarse el derecho en »su fuente mas pura, en las leyes romanas. Solo »en el estudio y en la meditacion de este monu- »mento inmortal de sabiduría y equidad es donde »pueden formarse los que aspiran al honroso »cargo de ilustrar á sus conciudadanos sobre sus »intereses y de decidir sus diferencias.» En el mismo sentido se explicaron Treillard y Bigot Preameneu, co-autores de la misma obra. Decia el primero de estos al Cuerpo legislativo: «Las »leyes romanas, tomando toda su fuerza de si »mismas, sin mas autoridad que su sabiduría, »han sabido imponer á todos los pueblos obe- »diencia y respeto: el consentimiento unánime »las llama razon escrita y deben ser objeto prin-

»cipal de las meditaciones del buen magistrado »y del verdadero jurisconsulto.» Para justificar esta digresion, añadia que esperaba que se le disimulase en un siglo en que parecia que se agotaban todos los esfuerzos del talento para excusarse de adquirir la ciencia, manía por desgracia general que domina á los que quieran pasar por sábios sin estudiar. ¿Podria esto aplicarse á algunos en nuestra patria? No es menos notable el elogio que del Derecho romano hace Bigot Preameneu en el discurso en que expuso al Cuerpo legislativo los motivos de las reglas generales de los contratos: nos limitaremos á copiar algunas cláusulas de los grandes elogios que le dispensa. «Las obligaciones convencionales se repiten en »todos los dias y en todos los momentos. Mas, es »tal el órden admirable de la Providencia, que »para fijar estas relaciones multiplicadas de los »hombres en sociedad, basta conformarse con los »principios que están en el corazon de todos los »hombres. Aquí, en la equidad, en la conciencia »encontraron los jurisconsultos romanos ese cuer- »po de doctrina que hará inmortales sus leyes. »Haber previsto el mayor número de convenciones »á que dá lugar el estado social, haber pesado »todos los motivos de decision entre los intereses »mas opuestos y complicados, haber disipado las »nubes en que frecuentemente se encuentra oculta »la equidad, haber reunido todo lo que la moral

»y la filosofía tienen de mas sublime y mas sa»grado, tales son los trabajos acopiados en ese »inmenso y precioso depósito que no cesará de »merecer el respeto de los hombres, depósito que »servirá á la civilizacion del mundo entero, de»pósito por cuya obtencion todas las naciones »civilizadas se felicitarán porque encontrarán en »él *la razon escrita*. Difícil seria esperar que se »pudiera progresar aun en esta parte de la ciencia »legislativa. Si es capaz de alguna perfeccion será »empleando un método que la haga mas fácil á »los que se dediquen á su estudio, y con el cual »pueda ser mas familiar su uso á los que para »dirigir su conducta, quisieren conocer sus reglas »principales.»

Hemos elegido estas autoridades porque no puede negárseles la competencia científica, ni oponérseles la tacha de ser poco partidarios de la codificacion moderna. Si hubiéramos buscado nombres de otros jurisconsultos reconocidos en todo el mundo civilizado por la superioridad de su inteligencia y sus profundísimos estudios, no hubiera tal vez parecido imparcial su fallo por suponerlos dominados principalmente por el interés científico ó por preocupaciones históricas. Solo añadiremos á los nombres referidos el de M. Troplong, que con tanta gloria ha estado al frente de la magistratura francesa, y cuyos comentarios al Código-Napoleon lo colocan en el

número de los primeros jurisconsultos de nuestros dias. «Ulpiano, Gayo, Papiniano y los demás »jurisconsultos clásicos figuraron siempre á la »cabeza de la ciencia por su gran lógica y por »sus profundas miras. Sus concisas decisiones, »la firmeza de sus juicios, la delicadeza y saga»cidad de sus observaciones, el poderío de su es»píritu analítico son superiores á todo lo que yo »conozco, y no háy quizá en nuestro Código un »solo artículo que pueda compararse por su pre»vision, por su energía y por la belleza del es»tilo á los innumerables fragmentos que Tribo«niano sacó de sus escritos.»

Pero para nosotros tiene el Derecho romano todavía mayor importancia, porque en las provincias correspondientes á los antiguos reinos de Aragon, Navarra y Mallorca, y á las que formaban el Principado de Cataluña, las leyes de sus fueros especiales escasas, y aun deficientes del todo en muchísimos puntos, se completan con la legislacion del emperador Justiniano. Así las vemos citadas hoy como ley viva en las cuestiones civiles de las provincias referidas.

Aun en los pueblos en que por corresponder á la antigua Corona de Castilla ó por haber sido igualados á ellos en la legislacion civil, como sucede con aquellos que formaron el antiguo Reino de Valencia, las Partidas son el código supletorio, no hay quien pueda desconocer con fundamento

la importancia del Derecho romano, porque además de las razones que dejamos expuestas, existe la que de él está en gran parte tomada la obra del Rey Sábio: el Derecho romano, en lo que á la parte civil se refiere, es la fuente, es el modelo; las Partidas son sin duda la exposicion mas clásica, mas elegante y mas acabada que de sus doctrinas se ha escrito en las legislaciones de los siglos medios.

La veneracion, sin embargo, que debemos dar al Derecho romano no carece de límites. Admiradores de su sabiduría desde nuestra juventud, hemos encontrado en la experiencia y en el estudio de la legislacion motivos para apreciar mas su profunda filosofía, y conocer que no eran exagerados los encomios de los que dirigieron nuestros primeros pasos en la vasta carrera que estamos recorriendo; pero tambien hemos observado que este respeto religioso habia extraviado frecuentemente á nuestros intérpretes. En el funesto abandono que por siglos enteros ha prevalecido de no darse á la parte teórica del Derecho español la importancia que reclamaba, los intèrpretes del romano, nacionales y extranjeros, eran casi el estudio exclusivo de nuestras escuelas. Su influjo se extendia ilimitadamente, y los mismos que se proponian comentar nuestras leyes, arrastrados del contagio, no acertaban á hacerlo si no las concordaban con las romanas. Así es que con

mucha frecuencia vemos á jurisconsultos españoles desatender nuestras venerables leyes, nuestras costumbres seculares, y hasta olvidar códigos enteros, al mismo tiempo que se empeñan en conciliar textos que tienen opuesto origen, distintos motivos y tendencia diferente.

Concluyamos, pues, manifestando que no andan acertados los que, prescindiendo del estudio del Derecho romano, esperan llegar á ser jurisconsultos, porque en las ciencias formadas por la experiencia de los siglos no se condena impunemente su literatura y su filosofía, su historia y sus orígenes; y por el contrario, que los que ciegos idólatras de él, olvidan las leyes propias de su pais, prescinden del movimiento de los siglos, y no se acuerdan de que el derecho está sujeto á la accion continua y vivificadora de los progresos del género humano.

CAPITULO XIV.

Del derecho mercantil.

Bajo la denominacion genérica de *derecho civil* se comprenden comunmente las leyes relativas al comercio en sus relaciones con la justicia, que son una parte suya esencial, si bien por su número, por su importancia, por su índole, y por

su aplicacion especial, forman exclusivamente un código en muchos Estados.

Destinadas estas leyes, no solo á las relaciones del comercio interior sino al que los súbditos de un pais tienen con todos los demás, han de ser menos exclusivas, menos sujetas á las costumbres y á las ideas dominantes en cada pueblo, tomando un carácter mas cosmopolita, mas universal, y sobreponiéndose en lo posible á las diferencias que las legislaciones de los diversos pueblos establecen entre los regnícolas y los extranjeros. La necesidad que tiene el comercio de facilidad y rapidez en sus operaciones, la conveniencia de simplificar las formas de la contratacion y de destruir las trabas que se oponen á la libertad de la circulacion y á la seguridad del crédito, justifican sobradamente que se hayan establecido leyes especiales, ya mezcladas con las civiles, ya separadas de ellas, que ó modifiquen el derecho comun, ó que lo amplíen, ó que introduzcan en él importantes excepciones, relativas á los negocios mercantiles. En estas leyes suelen establecerse las condiciones que se requieren para ejercer el comercio, la manera de llevar su contabilidad los comerciantes para que aparezca la regularidad ó irregularidad de sus operaciones en el dia en que tengan la desgracia de presentarse en quiebra, las reglas de los que asocian su inteligencia y sus capitales para negocios mercantiles, la creacion

de agentes intermediarios que faciliten el tráfico, la formacion de centros de comercio, tales como lonjas y bolsas en que aproximándose los comerciantes puedan mejor conocerse y verificar las transacciones, las disposiciones relativas al comercio marítimo, á los armadores de naves ó sus capitanes y tripulaciones, á los seguros, á los contratos á la gruesa en que el que presta se asocia á los peligros de la navegacion, á las averías, á la echazon, á las letras de cambio, á las quiebras, y para decirlo de una vez á todos los contratos y actos que la profesion mercantil lleva consigo. Pero nunca debe perderse de vista que el derecho civil es la regla general, que sin él no puede comprenderse el mercantil, que es una excepcion suya, y que por lo tanto, todo lo que no tiene una regla especial en las leyes de comercio, debe ser decidido por el derecho comun, que es á un mismo tiempo su base y su complemento.

En nuestras antiguas Universidades no se cultivaba el estudio del derecho mercantil, lo que no debe parecer extraño, cuando lo mismo sucedia con otros ramos de la ciencia del derecho de mas diaria, y mas general aplicacion: su conocimiento y su estudio florecian principalmente en las plazas mercantiles y especialmente en aquellas en que habia consulados. La publicacion del Código de Comercio dispertó la aficion á esta par-

te tan importante de la legislacion, y algunos años despues penetró su estudio oficial en las Facultades de Derecho.

En los últimos años ha tomado mayores proporciones. La mas frecuente comunicacion de los pueblos entre sí y con las naciones extranjeras, las relaciones políticas y civiles crecientes de dia en dia, las nuevas necesidades, consecuencia inmediata del aumento de la civilizacion, y sobre todo, las grandes compañías mercantiles que levantando capitales que hubieran parecido fabulosos á nuestros padres, han realizado obras y llevado á cabo empresas que asombran al mundo, dan al derecho mercantil una importancia general y exigen su estudio, mas complicado hoy que en tiempos anteriores.

CAPITULO XV.

Del derecho penal.

Las leyes serian por sí ineficaces, si no hubiera una sancion que hiciera efectivo su cumplimiento. El principio moral y religioso, el respeto debido á las leyes y las medidas de prevencion adoptadas por el legislador, no son siempre bastantes á asegurar su ejecucion. En su insuficiencia y en la de las recompensas, que pocas veces

pueden ser empleadas para promover su cumplimiento, es necesario acudir á otros medios sensibles adoptados en todos los pueblos bajo el nombre de *penas*. La parte del derecho que las establece, y que define las trasgresiones á que se aplican, recibe el nombre de *derecho penal* ó *criminal*.

Derecho penal ó criminal, segun esto, es: *el que define los delitos, y señala las penas en que incurren los que los cometen*. Puede ser considerado como una garantía de las demás leyes, á las que hace respetar por el castigo que establece contra sus violadores.

Desde luego se presenta á la consideracion, que no todas las trasgresiones de la ley son delitos, sino las que se comprenden en las leyes penales. Así es que cuando la ley civil repara suficientemente algunos hechos, su trasgresion no es castigada por la penal.

Los juristas antiguos consideraban el derecho penal como comprendido en el privado: la mayor parte de los modernos, por el contrario, lo reputan perteneciente al público. Fúndanse los últimos para opinar así, en que, si bien los particulares pueden perseguir las infracciones de ley que en su daño se han cometido, al menos para obtener la reparacion del perjuicio que se les ha ocasionado, las acciones que al efecto se les conceden, son independientes del ejercicio de la pública que compete á la representacion del Esta-

do, interesado principalmente en la investigacion y castigo de los delitos, sin lo cual no habria seguridad y todos los derechos estarian en incierto. La accion criminal que se da á los agraviados y á los que legítimamente los representan, es pues solo secundaria; lo mismo puede decirse de la popular que es la que en algunos Estados puede ser interpuesta por todos: la principal se ejerce en nombre del Estado, por el deber que tiene de proteger todos los derechos y todos los intereses colectivos de los gobernados. No faltan por esto naciones que rechazan la acusacion privada, limitando el derecho de los perjudicados al ejercicio de una accion civil, para la restitucion ó para la indemnizacion ó reparacion del perjuicio sufrido en la parte estimable pecuniariamente. De aquí se infiere que el perdon del agraviado no puede detener la accion de la justicia, regla que admite algunas, aunque pocas excepciones, cuando se trata de delitos que por altas consideraciones de moralidad, de conveniencia, y de respeto al hogar doméstico, ó para no hacer mas desgraciada la situacion de las víctimas, promoviendo escándalos, solo pueden perseguirse y continuarse á instancia del perjudicado.

Los antiguos por el contrario consideraban solamente como supletoria la persecucion de la sociedad, siendo entre ellos mucho mas frecuentes las acusaciones particulares.

Dejando ya este punto y sin detenernos en la singularidad que presenta Inglaterra, de que no existan funcionarios encargados en nombre del Estado de la persecucion de los delitos, convengamos en que si bien la sociedad está directa y principalmente interesada en la averiguacion y castigo de los delitos, sin embargo, el derecho criminal tiene de comun con el privado, que, como él, se aplica por los tribunales. Grandes son los progresos que en tiempos modernos se han hecho en la legislacion y en el derecho penal. De él no nos han dejado los romanos los magníficos monumentos que en el civil aun despues de tantos siglos son la admiracion y el ejemplo de las naciones civilizadas.

No puede sin embargo desconocerse que algunas de las teorías de derecho penal, que se presentan como nuevas encontraron cabida en las leyes de aquel gran pueblo, lo cual no es rebajar en nada la gloria de los que en el último tércio del siglo pasado y en el presente, han hecho tan grandes esfuerzos y tan profundos estudios para llevar el derecho penal á la altura en que lo han colocado, á que no pudieron alcanzar los pueblos de la antigüedad.

La barbarie de las antiguas leyes penales, el lujo de ferocidad que desplegaban, la falta de garantía en favor de los acusados, su poco esmero en analizar los diferentes grados de criminalidad;

en fin, su oposicion á las costumbres suaves de nuestros tiempos, las hacen hoy en general, poco apreciables. De aquí proviene que todas las naciones han realizado ó están realizando importantísimas reformas que escritores juiciosos, pensadores y amigos de la humanidad han preparado. Ya desaparecen los crímenes privilegiados, en que á la sombra del bien público se condenaba sin pruebas; ya no se ensangrientan las plazas con la frecuencia que hace medio siglo, ya los tormentos agudos, impuestos antes al criminal aun en el momento mismo de arrancarle la vida, han sido desterrados de las ejecuciones capitales.

Muchas son hoy las diferentes teorías de la legislacion y del derecho penal. Ellas tienen por objeto desentrañar el fundamento de la penalidad, esto es, examinar el derecho de la sociedad para la imposicion de las penas, considerar los actos que pueden y deben ser objeto de represion, y la proporcion, analogía y ejemplaridad de los castigos.

Cuando se considera bajo este punto de vista la ciencia, puede llamarse *legislacion criminal*, para diferenciarla del derecho especial ó peculiar de cada pueblo, que tiene por objeto fijar los caractéres de los actos ú omisiones que constituyen los delitos, y el señalamiento de la represion penal con que la ley los castiga.

Los límites estrechos á que están reducidos

estos Prolegómenos, no nos permiten descender á las grandes cuestiones á que da lugar en nuestros dias el Derecho penal. Respecto á la facultad que tiene la sociedad para castigar á los que infringen las reglas eternas del derecho ó las que el Estado tiene establecidas para llenar el fin social, indicaremos solamente que son varias las opiniones que dividen á los escritores mas autorizados, suponiendo ya que dimana del pacto social, ya del derecho de defensa, ya del principio de utilidad, ya del principio moral, teorías que no nos parecen satisfactorias. De la teoría del pacto social ya hemos tratado en otra parte de esta obra: allí no la hemos admitido calificándola de quimera: seriamos inconsecuentes si le diéramos ahora un valor que antes le negamos. La teoría que busca como fundamento el principio de defensa, mas filosófica, mas racional sin duda, porque lo es no negar á la sociedad el derecho que el hombre tiene de defenderse individualmente contra el que lo ataca, es por lo menos incompleta. La admision del principio utilitario viene á ser la negacion del órden moral, materia de que ya hemos hablado en otro lugar. La escuela espiritualista, por último, puede conducir con su sistema á confundir los límites de la moral con los del derecho, que tan cuidadosamente deben separar el legislador y el jurisconsulto.

Nosotros, sin necesidad de aceptar ninguno de estos sistemas, creemos que se encuentra la resolucion del problema en la conciencia de todos, en la ley providencial de la humanidad, en la necesidad de cumplir su fin social, y si se quiere, en el derecho de defensa, en el principio de utilidad, en la ley moral y en el asentimiento que presta á las leyes del Estado el que se aprovecha de sus beneficios. Las teorías, que aisladas y cuando se presentan como exclusivas, únicas y absolutas, no satisfacen, bien pueden hacerlo si agrupadas con otras y despojadas del carácter de decisivas y de la repulsion que hacen de todo lo que ellas no son, se consideran en conjunto y como causas que concurren á demostrar lo que se investiga.

CAPITULO XVI.

Del derecho de procedimientos.

Las leyes que establecen la tramitacion y las actuaciones judiciales vienen á ser complemento y garantía de las civiles y penales, que sin su auxilio no podrian ser aplicadas. Las cuestiones que se suscitan entre los particulares, ó recaen sobre un punto de derecho, esto es, sobre la inteligencia de una ley civil, ó sobre uno ó varios hechos que, siendo causa de un derecho, aparecen dudosos ó controvertidos. Los tribunales son llamados á resolver estas cuestiones pendientes, y en su organizacion todos los países buscan las prendas de inteligencia, imparcialidad y justicia, que son necesarias para corresponder á la confianza que en ellos deposita la sociedad, y llenar el alto cargo de juzgar los derechos mas respetables de los hombres.

Por esto, podemos considerar como primer objeto del derecho de procedimientos, la teoría de la organizacion judicial, sin embargo de que, rigurosamente hablando, pertenece al derecho público. Esta organizacion está dividida por líneas, por territorios y por grados, separacion que hace posible la administracion de justicia en cualquier país por vasto que sea. Al ejercicio del poder, que cada tribunal recibe de la ley ó del jefe del Estado, como fuente del poder judicial y de la justicia, se da el nombre de *jurisdiccion*.

El objeto de dividir la jurisdiccion por líneas, es separar los tribunales atendidas las causas á cuyo conocimiento están respectivamente llamados. El interés público mejor ó peor entendido ha guiado al legislador á introducir estas líneas diferentes, creyendo, ya que las leyes especiales exigian para su aplicacion hombres especiales, ó ya que al mismo tiempo que se creaban tramitaciones abreviadas para causas que mas inmediatamente afectaban á la sociedad, debian

nombrarse tambien magistrados, que, libres del hábito que dan las formas graves y solemnes del derecho comun, aplicasen pronta y sumariamente determinadas reglas de justicia. Pero no podemos desconocer que á la sombra de estos principios se han sostenido en todos los países privilegios odiosos, que sin relacion á las cosas, solo han buscado la calidad de las personas para señalar el tribunal ante que eran justiciables, como si en los negocios del derecho comun civil ó criminal no debieran todos los individuos estar sujetos á unas mismas leyes, á unas mismas fórmulas y á una misma tramitacion, y disfrutar de unas mismas garantías, ó lo que es lo mismo, ser iguales ante la ley.

Esta es la tendencia de los tiempos modernos. El principio de privilegio va desapareciendo ante el de la igualdad: los fueros personales caen y son reemplazados por el comun, al mismo tiempo que subsisten los que por tener razon de ser sin relacion alguna á la personas están introducidos en consideracion á las cosas. Así se ha verificado en nuestra patria, no sin vencer grandes resistencias de las clases privilegiadas y llevando á la vida real lo que por muchos años estaba escrito en nuestras leyes fundamentales.

La division de la jurisdiccion por territorios se explica naturalmente á causa de la necesidad de hacer posible y pronta la administracion de jus-

ticia, y no originar indebidos perjuicios á los litigantes, sacándolos del lugar de su domicilio, ó de aquel en que pueden defender con facilidad su derecho, por estar sita allí la cosa que es objeto del litigio, ó del en que han contratado, ó de aquel á que han referido el cumplimiento del contrato. Mas si se trata de delitos, la conveniencia de que el lugar del juicio sea el mismo en que el representante de la sociedad, el acusador y el acusado respectivamente pueden esclarecer mejor los hechos y preparar la acusacion y la defensa, y en que mas ejemplar y mas saludable puede ser la accion de la justicia, hace necesaria la division á que nos referimos.

El órden gradual de jueces y el conocimiento devolutivo de las causas desde los inferiores á los superiores, tienen por objeto que los errores, las omisiones, la mala fé ó la ignorancia de los primeros no carezcan de la debida enmienda, y al mismo tiempo que pueda ejercerse una inspeccion vigilante y continua, que desde los mas altos tribunales en el órden jerárquico descienda hasta el último escalon de las autoridades del órden judicial.

De muy diferentes formas es susceptible la organizacion judicial, porque ya son unos mismos los encargados de declarar el hecho y de aplicar el derecho, ó ya son diversas personas; de lo que dimanó entre los romanos las diferencias de

jueces y magistrados (1), ó como hoy decimos, de *jurados* y *jueces*. Aun el mismo sistema de separacion de jueces de hecho y de derecho es susceptible de diversas combinaciones. La historia nos presenta á Roma, en que el magistrado, despues de fijar la cuestion, daba al juez una fórmula condicional adoptada al caso particular, y antes de que hubiese verdadero juicio le abandonaba el negocio; nos trasmite por otra parte, que entre los antiguos germanos los jurados eran los que conocian del hecho y del derecho; y hoy vemos que son ya muchos los Estados de Europa y de América en que el juez de derecho pronuncia la aplicacion de la ley despues que el jurado ha calificado el hecho sometido á su exámen.

No solo es objeto de controversia la del jurado y de los tribunales permanentes que entiendan tanto de la calificacion de los hechos como de la aplicacion del derecho; existen tambien cuestiones acerca de si deben ó no ser preferidos los tribunales colegiados á los jueces únicos, de si no debe haber mas que una instancia, ó si es mas conveniente que haya diferentes, y por último, sobre la mayor ó menor utilidad de un alto tribunal único en cada Estado, cuya sola mision, ó la principal al menos, sea vigilar por el cumplimiento de las leyes, salvándolas del olvido ó del desprecio, evitando que sean mal aplicadas, y haciendo de este modo que la unidad de la legislacion sea completada por la unidad de la jurisprudencia, lo que procura conseguirse por la atribucion que se le da de anular y casar las sentencias que sean opuestas al derecho, ya por quebrantar el texto de las leyes, ya por falsear su espíritu interpretándolas torcidamente, ya quebrantando algunas de las reglas capitales del juicio.

(1) Desde luego se advierte que no es la misma la diferencia que existe en España entre jueces y magistrados. Nosotros llamamos generalmente *jueces* á los que en primera instancia entienden de los negocios, y *magistrados* á los que componen los tribunales superiores y supremos. Frecuente es sin embargo, comprender á todos bajo cualquiera de los dos nombres.

El segundo objeto del derecho de procedimientos consiste en las formas, en la ritualidad y en la série de actuaciones judiciales, tanto en los negocios contenciosos, esto es, los que tienen lugar en juicio contradictorio, como en aquellos que corresponden á la jurisdiccion voluntaria. Tres puntos son aqui los cardinales: la fijacion de la cuestion, la prueba de los hechos, la decision y la terminacion del negocio. Cada uno de ellos tiene sus reglas precisas y sus trámites fijos, lo que dá lugar á que los autores dividan en mas ó menos partes el juicio, segun la mayor ó menor extension que dan á sus doctrinas. Gran parte de los principios que al efecto se establecen, mas que á la tramitacion, se refieren á la teoría de las acciones y excepciones y á la de la prueba, que

sin dificultad podrian ser consideradas mas bien como una parte del derecho civil ó penal que del de procedimientos, el cual en rigor solo comprende: *las reglas vigentes en cada pais, que se refieren al modo de proceder en justicia.*

Pero no basta el conocimiento teórico de las leyes de actuaciones para poder desde luego entrar en la práctica de los negocios del foro: es indispensable además el ejercicio, que facilita aplicar los principios del derecho á las relaciones de la vida. De aquí proviene la necesidad de las Academias de práctica, la de ejercitarse al lado y bajo la direccion de abogados prácticos en el despacho de los negocios, y la de concurrir con frecuencia á los tribunales.

Los procedimientos no solo deben ser considerados bajo el aspecto que hasta aquí, esto es, como medios de llegar á obtener el cumplimiento de las leyes, sino tambien como garantías individuales para los que litigan ó gimen bajo el peso de una acusacion. Ellos, ligando la autoridad de los jueces á fórmulas estrictas, precisas é indeclinables, á términos fijos y á solemnidades esenciales, aseguran á los litigantes que serán oidas sus demandas y sus excepciones, que tendrán el tiempo y la libertad suficientes para probarlas, que podrán tachar los testigos y rechazar los demás medios de prueba que la malicia trate de aglomerar contra ellos, que se les otorgará una

completa y franca defensa de sus derechos; y por último, que si un juez imperito ó mal prevenido falta á sus deberes, en el tribunal superior encontrarán la reparacion que es debida á la justicia.

Mas como los negocios que en los tribunales se ventilan, ya se refieran á las cuestiones que acerca *de lo mio y de lo tuyo* se suscitan, y por lo tanto al cumplimiento de las leyes civiles, comprendiéndose bajo esta denominacion tambien las especiales de comercio, cuya aplicacion corresponde á los tribunales, ya á la represion y castigo de los delitos, de aquí dimana que haya leyes de procedimientos en materia civil y leyes de procedimientos en materia criminal, que para abreviar la frase se llaman generalmente *procedimientos civiles y procedimientos criminales.*

Los primeros son el *conjunto de reglas que señalan á los particulares la tramitacion que han de guardar para hacer valer sus derechos en justicia:* los segundos *tienen por objeto la pesquisa y descubrimiento de los delitos y de los delincuentes para que sufran el castigo impuesto en el derecho penal.*

De estas definiciones se infiere, que al paso que los procedimientos civiles corresponden por su naturaleza al derecho privado, los criminales pertenecen al público. En aquellos no se trata mas que de establecer órden, claridad y precision en la marcha de las actuaciones, igualdad entre

los litigantes y que estén garantidos sus derechos. Por regla general no interviene en ellos el Ministerio público, y si interviene es en nombre del Estado, considerado solo como una persona jurídica, capaz de derechos y obligaciones del órden puramente civil y equiparado por lo tanto á los particulares, ó para representar á los ausentes, ó los incapacitados, ó para sostener la integridad de las jurisdicciones en las cuestiones de competencia. No sucede así en los procedimientos criminales en que la representacion del cuerpo social del Estado es casi siempre la principal parte del juicio, porque la sociedad herida en su paz y en su seguridad por los agravios que se hacen á los que la componen, promueve el juicio y la condenacion del delincuente.

Condicion natural de los procedimientos de una y otra clase es, que se conceda latitud á los medios de defensa, pero sin dar lugar por esto á que se dilaten innecesariamente las juicios, lo que seria en los civiles desigualar las condiciones de los litigantes, privando tal vez indebidamente á uno de lo que otro injustamente retuviese, y en los criminales, hacer que la pena perdiera en gran parte su ejemplaridad por la tardanza del castigo y causar indebidas vejaciones al que gimiendo bajo el peso de una acusacion, ya sea inocente, ya culpado, siempre tiene derecho á que no permanezcan en incierto su suerte mas que

por el tiempo absolutamente indispensable para juzgarlo.

Gracias á los progresos de la civilizacion y á los adelantos de la ciencia, han desaparecido de los procedimientos criminales en casi todos los pueblos cultos las ordalias ó juicios de Dios, los combates judiciales, el tormento y hasta las pruebas privilegiadas, medios que la barbarie inventó como adecuados á descubrir la verdad y que solo servian para profanarla, y para que apareciera como cierto lo falso, y como falso lo cierto. Así han cesado por completo los procedimientos tenebrosos que no llegaban á ser conocidos por los acusados, la ocultacion de los nombres de los testigos que contra ellos deponian y la coartacion de la defensa. No hay legislador que ose reproducir lo que nadie se atreve á defender: los apologistas de algunos de esos absurdos, que hasta en el siglo pasado encontraron partidarios, no tienen ya imitadores.

La publicidad de los juicios civiles y criminales es tambien hoy un principio adoptado en todas las naciones, y como únicos medios de prueba se admiten los naturales, los que la razon recomienda como eficaces, para poner en descubierto los hechos cuya averiguacion se busca.

Así la justicia se administra con mas prendas de acierto y con mas prontitud que en los siglos anteriores, por mas que haya algunos problemas

como el de la tasacion de la prueba ó su apreciacion libre, y el de la preferencia en las actuaciones criminales entre el procedimiento escrito y el oral, que discutidos con grande empeño, no han obtenido aun el sufragio unánime de los jurisconsultos, por mas que la prueba tasada y el procedimiento escrito en lo criminal tengan ahora escasos partidarios y no les sean favorables las leyes modernas.

Concluiremos manifestando que además de los procedimientos que por regla general se hallan establecidos en todos los Estados, para la sustanciacion de los negocios civiles y criminales, puede haber otros especiales para determinada clase de negocios. Así existian, entre nosotros, la ley de Enjuiciamiento para los negocios y causas de comercio, vigente hoy solo en parte, las que establecen la manera de seguirse determinadas causas criminales, las que señalan los procedimientos en los consejos de guerra, y las que prescriben las formas de los negocios contenciosos de la Administracion. En estas desviaciones de las reglas generales, debe el legislador limitar la excepcion á lo que sea absolutamente necesario. Hacer otra cosa complicaria innecesariamente el derecho nacional, haria difícil su estudio y menos ilustrada su aplicacion. Toda excepcion que no sea indispensable, no puede ser justificada.

Necesario es al jurisconsulto para poder llenar

bien la parte práctica de su profesion el estudio de la elocuencia forense, que, dando precision, órden, claridad, fuerza y elevacion á sus conceptos, le capta la atencion de los tribunales, y contribuye á producir en los que oyen la conviccion á que aspira.

CAPITULO XVII.

De la interpretacion.

COSTUMBRE.—DOCTRINA.—EQUIDAD.

Por perfectas que supongamos las leyes positivas, es imposible que de un modo decisivo ó terminante comprendan todas las cuestiones que la variedad de las necesidades, la actividad contínua de las transacciones entre los hombres, y la multiplicidad y extension de sus intereses promueven á cada momento. Circunscritas á establecer principios y reglas generales fecundas en consecuencias, y aplicables á los casos comunes, no pueden descender á los fortuitos y extraordinarios. Aun en los que el legislador prevé, ocurren á veces pormenores que escapan á su penetracion, ó que por su eventualidad ó su poca fijeza no deben ser comprendidos en su obra. Las mismas palabras de una ley, por precisas que parezcan, frecuentemente se prestan á diferentes

sentidos, que solo el tiempo, los trabajos científicos, y mas que todo el interés opuesto de los particulares ponen en descubierto. El jurisconsulto, estudiando el espíritu de la ley, y el magistrado en la necesidad diaria que tiene de aplicarla, son los que la suplen ó explican, viniendo por lo tanto á ocupar un lugar en el derecho los usos recibidos, las doctrinas generales y el prudente arbitrio de los juzgadores.

Así es, que al lado de la ley vemos en todos los países cultos levantarse la *interpretacion*, que con reglas fijas, con deducciones lógicas y con antecedentes reconocidos, quita la incertidumbre en los juicios, y sustituye á la razon y á los instintos individuales del juez una razon general, una práctica constante, ó una doctrina científicamente depurada. La interpretacion de las leyes hecha de esta manera fija lo dudoso, aclara lo ambiguo, suple lo omitido, y á la vista misma del legislador forma un depósito de tradiciones y de doctrinas que ilustran la conciencia del juez, y sirven de guía á los que litigan. En este sentido la interpretacion es una necesidad, porque consiste en la recta inteligencia de las leyes. Pero cuando en lugar de contenerse en sus justos límites, y de caminar en pos de la ley, algun intérprete quiere sobreponerse á ella, cuando abandonándose á sus propias inspiraciones pretende convertir en derecho sus ideas, sacando de quicio las palabras para que sirvan á su propósito, cuando no busca el espíritu y la tendencia del legislador, sino que se envuelve en cuestiones sutiles, inútiles y ridículas, entonces justifica por su parte los clamores que el abuso de la interpretacion ha suscitado con frecuencia.

Tres son las fuentes de que se deduce la interpretacion: la costumbre, la doctrina y la equidad.

La *costumbre* á que se dá comunmente el nombre de *derecho no escrito*, esto es, no promulgado, en todos los países suple el silencio, la insuficiencia ó la oscuridad de las leyes. Fundada en el uso, que es el legislador mas antiguo del mundo, ha precedido al derecho escrito, coexiste con él y lo sigue para esplicarlo, para ampliarlo, para auxiliarlo, y hasta para corregirlo. Por esto generalmente se dice, que hay costumbre *segun*, *fuera* y *contra* la ley. La primera es su genuina interpretacion; la segunda su suplemento; la tercera su enmienda.

El principio que da fuerza coactiva á las *costumbres segun la ley* ó *fuera de la ley*, no necesita mas explicacion despues de las doctrinas que dejamos expuestas. De esencia en todos los países, si bien no tienen la voluntad expresa de la soberanía en su apoyo, no puede negárseles el consentimiento tácito que les presta en el hecho de no anularlas con nuevas leyes. Mas popular, mas de-

mocrático es el principio en que fundaron los jurisconsultos romanos la fuerza de la costumbre *contra la ley*, y que el emperador Justiniano no tuvo inconveniente en trasladar á su Digesto. ¿Qué importa, dice copiando al jurisconsulto Juliano, que el pueblo declare su voluntad con votos ó con hechos (1)? Confesion importante en el príncipe que, en medio del desvanecimiento y las lisonjas de los áulicos de Oriente, escribe en sus Códigos que no está obligado á cumplir las leyes, y eleva á esta alta esfera la voluntad del príncipe diciendo que el pueblo por la ley régia habia traspasado sus poderes.

La costumbre contra la ley tiene, pues, su fundamento en ser una ley tácita: y como toda ley posterior anula á la anterior en lo que le es contraria, la costumbre contra la ley deroga la ley precedente, legitimando la contínua repeticion de actos, así como tambien la ciencia y paciencia del legislador que los permite, las primeras trasgresiones. Esta doctrina es general en todos los pueblos que tienen leyes anticuadas, no puestas en práctica hoy, y que la razon y los adelantos sociales hacen la ejecucion imposible. A los que fundándose en argumentos especiosos, pretenden resucitar leyes que de hecho no existen, y des-

(1) *Quid interest, suffragió populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?* (§ 1, ley 32, tít. III, libro I del Dig.).

conociendo la época en que viven, y llevando mas allá de los justos límites la veneracion ciega á las leyes que pasaron, son de contraria opinion, contestaremos solo abriendo nuestros códigos, enseñándoles penas de sangre y fuego impuestas por faltas livianas, por delitos imaginarios, y á veces sin pruebas, y les preguntaremos si antes de la publicacion del nuevo Código penal creian aplicables esas leyes que solo estaban derogadas por la costumbre: la humanidad les arrancará la conviccion que la razon en nuestro concepto es suficiente á producir por sí sola.

Dos son las formas diferentes bajo las cuales se presenta la costumbre: el uso del pueblo y la práctica de los tribunales.

El *uso*, para llegar á formar costumbre ó derecho consuetudinario, debe ser conforme á los principios eternos de equidad y de justicia, estar apoyado en el consentimiento tácito del legislador, contar muchos actos repetidos, y existir por el tiempo y forma establecidos en cada pueblo.

Bajo el nombre de *práctica de los tribunales* comprendemos lo que suelen llamar los autores *interpretacion usual*. La autoridad de la cosa juzgada que constituye una ley individual en cada juicio, viene á convertirse en costumbre, y por lo tanto en ley general, cuando la repeticion de sentencias semejantes en casos semejantes señala un modo unánime de entender la ley á los que

están encargados de la administracion de justicia. Mas difícil de fijar esta costumbre que la que dimana del uso del pueblo, ha de ser formada en tiempos bonancibles y de justicia, no en momentos de facciones, de turbulencias y de tiranía, adoptada en los tribunales que sin ulterior recurso conocen de las causas, porque de otro modo no podria decirse que tenia el carácter de generalidad y de ciencia del superior, y por último, si es antigua, debe ser examinada á la luz del espíritu de las leyes nuevas y de las reformas posteriores. Ya en otro lugar (1) hemos dicho que á esta práctica se la dá modernamente el nombre de *jurisprudencia*.

La segunda fuente de la interpretacion es, segun hemos dicho, la *doctrina* que fija el derecho, examinando el espíritu de la ley cuando hay dudas en el modo de entenderla, suplirla y aplicarla. En los tiempos en que los Césares se atribuyeron el derecho exclusivo de hacer leyes, se reservaron tambien el de interpretarlas auténticamente, fundados en que la aclaracion del derecho en los casos dudosos correspondia al legislador, que era el único que podia interpretar bien su intencion. Así, al lado de las constituciones generales en que los emperadores establecian disposiciones extensivas á todos sus súbditos, habia

(1) En el capítulo IV.

constituciones particulares que se limitaban á casos especiales pronunciando ellos mismos un juicio y contestando á los jueces que los consultaban. Estas contestaciones dieron origen á la jurisprudencia de los *rescriptos*, sistema corruptor, manantial perenne de parcialidades é injusticias, inconciliable con todos los principios, y radicalmente opuesto á la division armónica de los poderes públicos en los Gobiernos representativos.

De esto se infiere, que no podemos admitir la *interpretacion auténtica*, esto es, la que dimana del mismo legislador. No le negamos la facultad de aclarar la ley que dió; creemos, por el contrario, que es el único competente para hacerlo; pero esta declaracion será una ley nueva que establecerá principios generales, sin mezclarse en la decision de un negocio particular; será un acto de soberanía, no un acto de magistratura.

No presenta tales inconvenientes la *interpretacion doctrinal*, que consiste en investigar el verdadero sentido de las palabras de la ley, penetrar en su espíritu, remontarse á las razones que la dictaron, examinar su relacion con las demás leyes contemporáneas, y arrancar, por decirlo así, el pensamiento del legislador de la oscuridad en que lo envuelven las palabras que lo expresan. Esta es la tarea mas difícil, y al mismo tiempo la mas noble del jurisconsulto. De aquí se infiere que la doctrina de los jurisconsultos

dista hoy mucho de la importancia que tuvo en Roma, en que llegó á ser una de las fuentes del derecho escrito, facultad exorbitante cuyo resultado podria ser que, ideas y teorías repugnantes al espíritu de la ley, vinieran á sobreponerse á ella. Para llenar el jurisconsulto cumplidamente su mision, tiene que llamar en su auxilio á la filología y á la historia, á la legislacion y á la filosofía.

Esto ha dado lugar á la *hermenéutica jurídica*, que es *la teoría de la explicacion ó interpretacion de la ley*. Exponiendo con método, claridad y precision las reglas de la filosofía y de la lógica aplicables al derecho, enseña á descubrir el verdadero sentido de las leyes, y el pensamiento que encierran las palabras que las forman. Dos distintos medios puede emplear el jurisconsulto para llegar á este término: si solo aplica reglas gramaticales, la interpretacion se llama *gramatical*; si entra en mas profundas investigaciones, examinando el enlace recíproco de las leyes y el espíritu é intencion del legislador en la que comenta, la interpretacion es *lógica*.

La interpretacion gramatical tiene por objeto la apreciacion del sentido accidental y variable de las palabras, examinándolas con relacion á las ideas que la ley comprende y al uso del idioma en ese sentido. Las palabras por regla general deben ser consideradas mas en su acepcion comun que en su significado rigurosamente gramatical, los

términos técnicos en la que las personas científicas ó artísticas los usan, y las palabras ambiguas y dudosas del modo que mas convenga á la naturaleza del asunto. En una ley ó cánon que hable de prebendas eclesiásticas, la palabra *proveer* tendrá muy distinto sentido que en otra que hable de subsistencias; y la palabra *servidumbre*, que cuando se trata de las personas significa *esclavitud*, representa una idea bien distinta cuando se aplica á las cargas reales que gravitan sobre fincas rústicas ó urbanas.

La interpretacion lógica, que conduce al jurista á la explicacion de las leyes remontándose á sus orígenes, considerándolas á la luz de la razon y de la filosofía, y con relacion á las demás leyes, á las costumbres y á la tendencia de los siglos, supone un estudio preparatorio, concienzudo y profundo de la lógica, mas eficaz que las reglas fijas, que no darán nunca el fino tacto que parece reservado á los que están acostumbrados á dedicarse sériamente á la investigacion de la verdad. Esta interpretacion tan necesaria, como expuesta á abusos, á cuya sombra los intérpretes alguna vez destruyeron el espíritu de la ley, ó lo confundieron en medio de cuestiones absurdas y de sutilezas, ha contribuido eficazmente al adelantamiento de la ciencia, obligando á los jurisconsultos á entrar en estudios históricos y filosóficos, y acostumbrándolos á enlazar las doctrinas y bus-

car el encadenamiento de las máximas jurídicas. Fundándose en el principio de que el espíritu del legislador debe ser atendido tanto ó mas que sus palabras, han estudiado las ideas dominantes de cada época, los preámbulos de las leyes, la conexion que estas podian tener con las revoluciones morales y políticas, su mayor ó menor conformidad con los principios eternos de justicia, y han ampliado, restringido ó circunscrito la doctrina del texto legal.

Por sentimientos de humanidad, de moralidad y de justicia no se consideran extensivos á las leyes penales los principios que acerca de la interpretacion doctrinal dejamos expuestos. La razon de analogía que en el derecho civil no carece de peligros y de inconvenientes, es insostenible cuando se trata de delitos y de penas. Agrégase á esto que el principal motivo de admitirse la interpretacion, á saber, la imposibilidad que tiene la ley de comprender todos los casos que bajo de diferentes formas diariamente se presentan, no es aplicable al derecho penal. En efecto, las acciones criminales, estando circunscritas á un círculo determinado, pueden ser comprendidas en la ley: todo lo que esta no prohibe ó castiga es lícito; querer extender por induccion sus penas, es, como dice elegantemente el célebre canciller Bacon, dar tormento á las leyes para atormentar á los hombres. Cuando se trata de la pro-

piedad ó de otros derechos civiles, la cuestion no puede quedar indecisa, porque uno debe ser el vencedor, otro el vencido en el juicio: si la ley, pues, no es suficiente, debe ser suplida; si es bastante, debe ser aplicada del modo mas conforme á su espíritu. En las causas criminales, por el contrario, no hay derechos indecisos; la sociedad, representada por la ley, solo puede reclamar el castigo del que delinquió, y para que haya delito es menester que haya infraccion. La induccion, pues, de un caso previsto á otro que no lo es, debe ser desechada.

Con la hermenéutica está intimamente enlazada la *crítica*, porque para interpretar una ley es necesario que su texto íntegro, y cada una de las palabras que lo componen, estén fuera de duda. Así es, que cuando por incuria ó por mala fé las leyes han sufrido alteraciones, lo primero que debe hacerse es tratar de restablecer su pureza primitiva: tarea tanto mas indispensable cuanto que proviniendo muchos documentos jurídicos de tiempos remotos, la ignorancia que predominaba en algunos siglos, intereses poderosos en otros, y en todos la negligencia de los copistas, los han viciado frecuentemente. El conjunto de principios por los que se juzga de la autenticidad de estos textos, y que enseña el modo de restituirlos á su primer estado, constituye la ciencia conocida con el nombre de *crítica*.

A veces, para apoyar el crítico sus opiniones, se vale de conjeturas sacadas de los mismos textos que examina; otras, llama en su auxilio á la historia y á los monumentos contemporáneos. Los manuscritos y las impresiones antiguas son documentos, en que con mayor provecho puede ejercitarse la crítica. La antigüedad de los primeros, la materia en que están escritos, y los diferentes caractéres de sus letras contribuyen mucho á que pueda el crítico formar un juicio atinado en sus investigaciones. El estudio de la antigüedad, considerado con relacion á las formas de la escritura, cuyo estudio se conoce bajo el nombre de *paleografía*, y el de la *diplomática*, esto es, el de discernir si los documentos y diplomas antiguos son verdaderos ó falsos, le son sino absolutamente necesarios, al menos muy útiles, porque no es lo mismo examinar las cosas con criterio propio, que tener que acudir al ajeno. En virtud, pues, de la crítica, si nosotros vemos un documento escrito en papel de algodon atribuido al siglo IX, ó en papel de hilo reputado como del siglo XI, no dudaremos de la bastardía de su orígen, porque la primera clase de papel fué introducida en España por los árabes en el siglo X, y al segundo, generalizado en el siglo XVI, nadie dá mas antigüedad que la del siglo XII. Las leyes nuevas no prestan tan ancho campo á las investigaciones de la crítica; sin embargo, la pureza del texto debe

ser siempre objeto de la diligencia del jurisconsulto.

Cuando la ley y la costumbre callan, cuando la interpretacion doctrinal de los textos jurídicos no alcanza á suplir el silencio del legislador, es necesario acudir á la equidad. La palabra *equidad*, de sentido poco determinado, únicamente significa en este lugar el recurso á los principios universales de derecho en la insuficiencia de la ley y de la costumbre. A la sombra de la equidad los pretores extendieron en Roma de un modo extraordinario los límites de su jurisdiccion, y por medios indirectos vinieron á erigirse en legisladores. Afectando un respeto exterior á la ley, con excepciones, con ficciones, con palabras nuevas la eludian y la ampliaban. Nosotros no podemos dar á la equidad una extension incompatible con el respeto que se debe al derecho escrito, y que concluiría convirtiendo á los jueces en soberanos. Así solo admitimos la equidad como la única guia que queda á los juzgadores para administrar justicia, cuando ni el texto de la ley, ni los usos recibidos, ni el depósito de las doctrinas son suficientes á dirigirlo.

CAPITULO XVIII.

De los estudios auxiliares de la jurisprudencia.

No es nuestro principal objeto hablar aqui de los conocimientos preparatorios y prévios al estudio de la jurisprudencia. Comprendidos entre nosotros bajo el nombre de *segunda enseñanza* no son considerados como peculiares al jurista, sino preliminares para todas las facultades llamadas *mayores*, y para las escuelas especiales, y complementarios de la educacion general de las clases acomodadas. Necesarios á todas las personas llamadas á ocupar algun lugar distinguido en la sociedad, contribuyen de un modo directo y eficaz á allanar el camino de la ciencia y á formar el jurisconsulto. Nosotros, pues, solo hablaremos de ellos en la parte que llaman especialmente la atencion de los que se dedican á la jurisprudencia.

El conocimiento completo de los idiomas en que están redactadas las leyes es absolutamente indispensable para su inteligencia, y por lo tanto no puede el jurista dispensarse de un estudio profundo de las lenguas latina y castellana. Séanos lícito aqui lamentarnos del triste estado de estas enseñanzas, y levantar nuestra voz, aunque con la conviccion amarga de que no será bastante poderosa para vencer el interés mercenario de

muchos maestros, el cariño poco ilustrado de algunos padres, y la natural tendencia de la primera juventud á rehuir todo lo que le parece dificultoso. Dedicados por muchos años al magisterio público hemos visto acudir á las universidades con objeto de estudiar las leyes de Roma á jóvenes que ignoraban el idioma en que estaban escritos su texto y sus doctrinas, y ser para ellos estériles las vigilias que una segunda enseñanza bien dirigida hubiera hecho fecundísimas. Nada mas diríamos, si no tuviéramos que combatir una preocupacion comun, extensiva por desgracia á muchos hombres instruidos, que creen perdido el tiempo que emplean los jóvenes en aprender una lengua muerta, como si muchos no la necesitáran para profesar algunas ciencias que indispensablemente la requieren. Ya que por no ser de nuestro objeto, no nos detengamos á hablar de la influencia y necesidad del estudio de las lenguas sábias, considerándolas con relacion á la literatura, á la historia y á la civilizacion del mundo, y á demostrar cuán pernicioso abuso es empezar á estudiar las facultades mayores en una edad en que la razon no está suficientemente desarrollada, causa principal de la mala preparacion para ellas, no debemos omitir que los que creen que puede prescindirse del idioma latino para conocer á fondo el derecho romano y el canónico, igno-

ran su mecanismo, reniegan de la historia, parecen absolutamente extraños á la inmensa literatura jurídica que enriquece al mundo, y olvidan que son muy pocos los escritores nacionales que no han hablado en latin, aun para explicar nuestras leyes propias. Ya que por fatalidad no existe hoy una lengua universal, vínculo comun que una á los sábios de todos los países, á lo que en gran parte debe atribuirse que el desarrollo científico de la jurisprudencia, no sea hoy entre nosotros proporcionado á sus trabajos prácticos, no privemos á la juventud de aprovechar los tesoros que los siglos han ido amontonando.

Pero la lengua latina pasó por una decadencia sucesiva que, en los siglos medios degeneró completamente de su pureza y elegancia, y en este estado de degradacion del lenguaje, tenemos escritas muchas leyes, especialmente en las provincias en que hay dialectos lemosines, en las cuales hasta en muy recientes tiempos se ha empleado el latin mas ó menos bárbaro, para los documentos públicos. Solo esto basta para comprender toda la importancia del conocimiento de lo que se llama *baja latinidad*.

Aunque muy conveniente para el jurista el estudio de la lengua griega, porque en ella se escribieron originalmente las novelas de Justiniano, y especialmente si quiere dedicarse al estudio del

derecho bizantino ó greco-romano, no nos atrevemos á considerarlo como necesario. Pero de todos modos nos parece que el cultivo del latin y el griego, producirá en los juristas que á él se dediquen con esmero, la gran ventaja de hermanar los estudios literarios con los jurídicos. Conviene tener en cuenta que la inferioridad de la escuela de los glosadores, se debe en su mayor parte al divorcio que existia entre las bellas letras y el derecho, y que su armonía y amigable consorcio elevaron á tan grande altura á los jurisconsultos del siglo XVI y mantienen los estudios clásicos de derecho en el apogeo á que han llegado en diferentes países.

En el mismo idioma pátrio necesita el jurista hacer estudios mas profundos que aquellos que le serian suficientes para otras carreras. No le basta, pues, ese conocimiento de la lengua castellana, que infiltrado en la cuna y algun tanto perfeccionado en la primera y segunda enseñanza, le seria suficiente para otras profesiones: debe estudiarla en su índole, en sus etimologías y en todo su desarrollo. La falta de este estudio puede hacer caer al jurista en gravísimos errores, ya por no comprender el texto de algunas leyes, ya por no expresarse con la claridad, precision y propiedad que se requiere en los escritos y en las alegaciones forenses. Ni le es suficiente el conocimiento del idioma en su estado actual, sino tambien en

el de los siglos anteriores: gran parte de nuestras leyes están escritas en lenguaje antiguo, difícil de ser comprendido por los que no hacen un estudio concienzudo y especial sobre él, para lo cual no basta aprenderlo bajo el aspecto gramatical, sino tambien bajo el lexicográfico.

Para el conocimiento de las legislaciones forales que en parte se hallan escritas en los dialectos de las provincias, para que se dictaron, hace tambien falta su conocimiento.

Util, por último, es al jurista, el conocimiento de los idiomas de los pueblos que hoy se distinguen mas por sus trabajos científicos en la legislacion y en la jurisprudencia, y entre los cuales el aleman nos parece que debe ser especialmente recomendado.

El estudio general de la historia, que poniéndonos en relacion con lo que fué, nos presenta las cosas bajo sus diferentes fases, dando asi extension, libertad é imparcialidad á nuestros juicios, es sumamente provechoso al jurista, que de este modo se prepara mejor para la adquisicion de los conocimientos históricos que especialmente necesita. La historia es la física experimental de la legislacion segun la expresiva y oportuna frase de un célebre jurisconsulto (1), porque los progresos jurídicos de los pueblos están íntimamente

(1) Portalis.

ligados con las vicisitudes por que han pasado en la série de los siglos. Al estudio, pues, de la historia del Derecho romano, canónico y español, debe preceder el de la historia general del pueblo romano, de la Iglesia y de España.

Nada hablaremos de la filosofía considerada en las diferentes partes que comprende: la ciencia sublime destinada á abrazar la existencia y el destino del hombre, sus acciones y sus ideas, por sí sola manifiesta su importancia. Al hablar del derecho natural y de la interpretacion, hemos tocado, aunque ligeramente, algunos de los puntos que llaman la particular atencion del jurista.

Pero viniendo á nuestro especial propósito y á los estudios que mas inmediatamente están ligados con el derecho, desde luego se nos presenta en primer término su historia. El conocimiento de ella, al mismo tiempo que nos auxilia para la inteligencia y aplicacion de los textos existentes, nos hace aprender las instituciones que han pasado, y nos las presenta para la imitacion, para la crítica ó para el ejemplo. Bajo el primer punto de vista el estudio de la historia del derecho es de absoluta necesidad, porque el derecho en todos los países se ha formado históricamente, y solo á la luz de la historia puede ser suficientemente explicado y comprendido. El estudio, pues, de la historia del Derecho romano, español y canónico, es indispensable, estudio que no debe limitarse á

referir simplemente las instituciones que han estado en observancia, sino elevarse á sus causas, manifestar su necesidad y su sucesivo desenvolvimiento en perfecta consonancia con el de la civizacion y con el desarrollo del espíritu humano.

Pero la historia del derecho no será por sí tan eficaz como su importancia exige, si no va precedida ó acompañada al menos, de la general del pueblo á que se refiere; porque no basta fijar la atencion en los hechos particulares que mas ó menos inmediatamente han influido en las relaciones jurídicas, sino tambien examinar el carácter general de la nacion y de la época, sus costumbres y revoluciones religiosas, civiles y sociales, que tanto han contribuido al cambio ya rápido, ya lento, de las leyes. Así, la historia general de Roma, de España y de la Iglesia serán un auxiliar poderoso para las del derecho romano, español y canónico.

La historia del Derecho puede ser *externa* ó *interna*: division que, mas que para significar dos partes diferentes de la misma ciencia, sirve para señalar dos aspectos distintos en el modo de tratarla. La historia externa se refiere principalmente á las causas que han producido los cambios en las instituciones de los pueblos, y comprende la historia del poder legislativo, la de la literatura jurídica, y la de las instituciones que han contribuido á la perfeccion del derecho. La historia interna hace relacion á los mismos cambios, esto es, á la alteracion que las reglas del derecho han sufrido, y al efecto que esto ha producido en las teorías jurídicas. Al estudio de la historia interna se da frecuentemente el nombre de *antigüedades*. Nosotros aconsejamos á los jóvenes que procuren que el estudio de la historia externa preceda al del derecho, y se dediquen con especial diligencia á unir el de la interna á cada una de las diferentes teorías que la forman.

No hay persona, por privilegiada que sea su inteligencia, que abandonada á sí misma pueda con solo los textos de la ley llegar á comprenderla en todas sus relaciones. Para conseguir esto, necesario es tener conocimiento de los jurisconsultos mas célebres que nos han precedido, no para leerlos y estudiarlos en todas sus obras, lo que seria imposible, sino para consultarlos, cuando la necesidad ó la conveniencia lo aconsejen. De aquí dimana la utilidad de la literatura jurídica. A su falta de conocimiento se debe que algunos juristas caigan á veces en el ridículo pudiéndose decir de ellos lo que decia Dionisio Gothofredo, que hay quienes si en una reunion de doctores oyen el nombre de un jurisconsulto antiguo, creen que se refiere á algun pez ó á algun manjar. En la historia literaria del derecho se aprende el desenvolvimiento de la ciencia y la influencia que en ella han ejercido los escritos de los jurisconsultos, sus

doctrinas y sus escuelas. Intimamente unida está á la historia literaria ó por mejor decir es una parte de ella la biografía de los jurisconsultos, en que se hace mencion de su vida pública y privada, de la escuela á que pertenecieron, de sus escritos, de la impulsion que sus libros dieron á la ciencia, de su mérito relativo y del camino que recorrieron para trasmitir su nombre á la posteridad.

Pero no bastan los conocimientos positivos al jurista para todas las necesidades que debe satisfacer. Llamado comunmente á participar del elevado cargo de hacer leyes, es menester que adquiera la instruccion necesaria para ello. Estos conocimientos están comprendidos bajo el nombre de *ciencia de la legislacion* ó *de la politica*, si bien debemos añadir que estas dos palabras no son siempre sinónimas, sino que frecuentemente se emplean, la *politica* para designar la parte de la ciencia legislativa que hace relacion á los principios fundamentales de los pueblos, y la *legislacion* para designar la que se refiere á los de derecho privado. El fin de esta ciencia, de que hemos hablado sucintamente en el capítulo IV, es enseñar cómo deben formarse las leyes para proteger de la manera mas eficaz los derechos civiles de los ciudadanos y proveer al bien público. Desarrollada extraordinariamente en los últimos tiempos, ha dado lugar á diferentes teorías, de las que

muchas no tienen aun el apoyo de la experiencia, y que exigen por lo tanto el mayor cuidado en su aplicacion.

Bajo la palabra genérica de *ciencia de la legislacion* hemos comprendido tambien la que con el nombre de *economía política ó social* ha venido á constituir una ciencia separada. Esta tiene por objeto examinar los medios de desarrollar la riqueza pública y la particular, considerando bajo este aspecto los principios, las leyes y las relaciones de los individuos y de los pueblos. Nacida, puede decirse, en el siglo último, ha hecho ya considerables progresos, y ha contribuido á desterrar errores funestos á los pueblos, porque secaban en su origen la produccion de la riqueza.

Auxiliar poderoso del estudio de la ciencia de la legislacion es el derecho comparado ó la legislacion comparada, porque la observancia de las leyes de las diferentes épocas y de los diversos países nos eleva á considerar con mas imparcialidad y amplitud las de nuestra propia patria. Manantial fecundo de investigaciones históricas, nos hace conocer que generalmente los pueblos han seguido un mismo camino en su desarrollo jurídico, y que las mismas causas, por lo comun, han producido en todas partes efectos semejantes. Así vemos que dó quiera la jurisprudencia se presenta primitivamente envuelta en símbolos y misterios; que á los privilegios de razas y de castas su-

cede lentamente la igualdad; que la influencia de los vínculos de familia es menor, conforme va tomando fuerza el poder público; que en los contratos, el principio de la voluntad sustituye al de las sutilezas; que á las venganzas particulares reemplaza la accion solemne de la justicia; y que el derecho penal, espiritualizándose cada vez mas, va perdiendo con la civilizacion el carácter de rudeza y de barbarie que primitivamente le distingia.

Entre los estudios auxiliares del derecho, cuentan muchos á la medicina legal. Fundan su opinion en que es necesario al juez fijar la exactitud de los hechos antes de proceder á juzgarlos, y que ya que otros conocimientos, por su vaguedad é incoherencia no puedan constituir por sí un cuerpo de doctrina, no debe omitirse el estudio de la medicina y de la química en la parte que mas inmediata relacion tiene con la administracion de justicia. Nosotros, que conocemos su utilidad no solo bajo este aspecto, sino aun mas bajo el que afecta á la Administracion y al Gobierno, no creemos que es tan necesario como los demás de que hemos hecho mencion. Fuera de que la parte mas esencial de él puede aprenderse incidentalmente en los diversos tratados del derecho, la necesidad que tiene el juez y los que deducen en juicio sus pretensiones de arreglarse á los reconocimientos y declaraciones de los peritos en las ciencias médico-quirúrgicas, viene á hacer en gran parte inútiles sus propias observaciones.

CAPITULO XIX.

De la progresion científica del derecho.

Los principios, las teorías que hasta aquí hemos indicado, trazan, aunque sucintamente, la progresion lenta y sucesiva de la jurisprudencia. Para completar el cuadro que nos propusimos, creemos conveniente añadir acerca de sus adelantamientos en los diferentes siglos bajo el aspecto puramente científico, algunas indicaciones que puedan servir de introduccion al estudio de la historia general del derecho al mismo tiempo que al de su bibliografía y al de la biografía de los jurisconsultos.

De las doctrinas que dejamos fijadas al hablar del derecho natural, de las costumbres y de las leyes, aparece suficientemente que el derecho existe primero en la naturaleza, porque hay ciertas relaciones jurídicas universales aconsejadas por el sentimiento interior que en todos los paises, en todas las épocas, en todos los grados de civilizacion, y bajo todas las formas de gobierno, se presentan con un mismo carácter de justicia y de interés general; se infiere tambien que las costumbres y las leyes de los diferentes pueblos vienen

sucesivamente á modificar, explicar, extender ó restringir estas relaciones generales; y por último, que la observacion, la experiencia y la comparacion de lo que ha sido, de lo que existe, de lo que es conveniente y de lo que debe evitarse, de lo que es justo y de lo que no lo es, vinieron á crear la ciencia, que utilizando los preceptos de la razon y los ejemplos de la historia, ha sido el objeto de las tareas de tantos varones esclarecidos. Así podemos decir, que el derecho tiene su base en la naturaleza, su aplicacion y desenvolvimiento en la historia, y su espiritualismo y su filosofía en la ciencia; y por lo tanto, que al lado de su principio racional, tenemos el elemento histórico y el elemento científico.

No es nuestro propósito entrar en investigaciones minuciosas acerca del aspecto primitivo de la sociedad y de las leyes; bástenos ahora traer á la memoria, que en otro lugar hemos considerado á la sociedad como hija de la familia, recibiendo de ella sus inspiraciones, sus hábitos y sus tradiciones. Mas ajeno aun á nuestro objeto seria tratar de seguir la cronología de los legisladores de los diferentes países, y tomar parte en las contiendas en que el amor propio de los pueblos los lanzara, disputándose la prioridad. Nosotros para considerar el orígen de los progresos de la ciencia, acudiremos solo al punto de partida del derecho en las naciones modernas, al De-

recho romano (1), planta criada, crecida y madurada en Italia, y no importada de otras legislaciones extrañas, como muchos historiadores han pretendido al tratar de las leyes de las Doce Tablas.

En Roma, como en todos los pueblos antiguos, el derecho, al reflejar de la familia en la sociedad, se presenta bajo el modesto aspecto de creencias y de costumbres, tomadas de los Latinos, Sabinos, y principalmente de los Etruscos, pueblo el mas rico, floreciente é ilustrado de cuantos contribuyeron á la fundacion de la ciudad. Dejadas, pues, las fábulas que con las galas de la poesía han venido á incrustrarse en la historia, encontramos muy pocos vestigios de las leyes de la primitiva monarquía, y estas relativas generalmente á los cambios políticos motivados por el acrecentamiento del pueblo, y á escasos puntos de derecho privado. Dividido el Estado en dos grandes órdenes, tan separados, que hasta eran imposibles los vínculos entre ellos, todo lo monopolizaba el patricio, que, ejerciendo exclusivamente el ministerio sacerdotal, tenia en sus manos tambien la administracion de justicia ligada entonces íntimamente á la religion y á las ceremonias del culto. Los jurisconsultos en aquel

(1) No nos proponemos trazar la historia del Derecho romano, y así solo hablaremos de algunos puntos cardinales que son necesarios para indicar el aspecto científico del derecho.

tiempo eran unos meros custodios de los actos simbólicos y de las fórmulas rigurosas y austeras, cuyo conocimiento y práctica constituian su profesion.

Las leyes de las Doce Tablas, publicadas las diez primeras en el año 303 de la fundacion de Roma, vinieron á alterar este órden de cosas. En la manía que hoy tenemos de querer presentar los acontecimientos de los pasados siglos á la luz de las ideas dominantes, se ha querido atribuir su formacion á la falta de un código completo que diera satisfaccion á las exigencias de aquella época; pero á los ojos de la historia y de la crítica, la publicacion de las Doce Tablas significa una revolucion política, la fusion de dos castas diferentes y de opuestos intereses en un solo pueblo, la proclamacion del principio de igualdad legal, y la destruccion del monopolio de la administracion de justicia, que quedó desde entonces emancipada de las funciones sacerdotales y de los ritos religiosos. Esta es la fuente venerable del derecho público y privado de los romanos, que hoy no poseemos mas que por algunas citas de los antiguos escritores, á pesar de los esfuerzos que han hecho muchos sábios para restaurarlas.

Mas por avanzado que fuera este paso, aun conservó el Derecho romano por largo tiempo el carácter sombrío de su rudeza y rigor primitivo, sin embargo de que muchas de sus leyes y el

edicto del pretor vinieron á modificarlo y á preparar el camino que la jurisprudencia y el Imperio debian recorrer hasta su término. Pero el carácter de universalidad á que se elevó el Derecho romano, tuvo su inauguracion en el establecimiento del pretor para los extranjeros. El pueblo, que antes solo tenia con los que no eran romanos las relaciones que producian la guerra y el cautiverio, despues de haber vencido á los habitantes del Lacio, y extendido á este país su dominacion, tuvo que otorgarles algunos derechos y administrarles justicia, aplicando á sus relaciones otras reglas que las que estaban en observancia entre los ciudadanos. De aquí provino entrar en investigaciones acerca de los principios adoptados en otros pueblos, que sucesivamente debian filtrar en el Derecho romano, y darle una extension y una generalidad de que antes carecia. El derecho de gentes, que, en su nomenclatura significaba las relaciones jurídicas universales reconocidas en todos los pueblos, vino á mezclarse con el derecho civil, esto es, con las relaciones peculiares entre los ciudadanos romanos, y los preceptos de uno y otro derecho empezaron á confundirse. A la propagacion de estos principios contribuyeron eficazmente los pretores, mitigando con la equidad el rigor de la ley escrita, al mismo tiempo que los jurisconsultos procuraban que no desapareciese el derecho antiguo. Asi el

Derecho romano, ya guardando, ya abandonando, aunque lentamente su primitivo carácter nacional, y pasando á principios mas altos y generales, se preparó para ser trasportado á otros pueblos y dominar al mundo.

Antes de Ciceron, escasa y casi imperceptible es la literatura jurídica de los romanos: las obras de Flavio y de Elio correspondientes á los siglos V y VI de la fundacion de Roma, no debieron ser mas que una especie de formularios desprovistos del carácter científico que hasta los últimos tiempos de la República no se asoció á la jurisprudencia. Entonces la cultura griega y la filosofía estóica, que era la que profesaba la mayor parte de los jurisconsultos, contribuyeron de un modo eficaz á purificar y moralizar los principios é infundir en el derecho el espiritualismo que siempre le distinguió. Servio Sulpicio Rufo, discípulo de Quinto Mucio Scévola, que segun Ciceron era el primer orador entre los jurisconsultos, y el primer jurisconsulto entre los oradores, dió un grande impulso á la ciencia, y contribuyó en primer término á que fuera el estudio favorito de la época.

Nuestro propósito nos impide recorrer el ancho campo que se abre á la vista, en el que se presentan tantos hombres ilustres por su talento y por su doctrina, que desde esta época ilustran los anales de la ciencia. Cultivada con grande ardor

en los primeros siglos de la era cristiana, y perfeccionada por las investigaciones filosóficas y por la oposicion de las escuelas de Próculo y de Sabino, fué sucesivamente progresando hasta el imperio de Alejandro Severo. A esta época tan gloriosa para la ciencia pertenecen los nombres de Gayo, de Papiniano, de Ulpiano, de Paulo y de Modestino, que, por método diferente del que despues han seguido los jurisconsultos, enseñaban á aplicar principios generales á casos particulares, siendo para ellos la ley escrita mas que orígen de derecho, el camino que los conducia á investigaciones científicas. Rindamos un tributo de admiracion y gratitud á la memoria de los grandes hombres, cuyas doctrinas, á pesar del trascurso de los siglos y de la barbarie de la edad media, enlazan nuestra época con la remota en que vivieron, y lamentemos la fatalidad de que los eminentes jurisconsultos de los dias de Caracalla y de Alejandro Severo no tuvieran imitadores.

En el siglo III empezó ya la decadencia de los estudios jurídicos, y aunque se erigieron escuelas públicas para enseñar el derecho, callaron los oráculos que por tantos años habian ilustrado la ciencia, dejándonos en legado los monumentos de su genio, de su saber y de su experiencia. Ni la última parte de este siglo ni los dos siguientes eran á propósito para los progresos científicos: así vemos que, limitados los juristas á hacer uso

de la antigua literatura, daban en la práctica á las máximas de los jurisconsultos de la edad clásica la misma fuerza que, viviendo ellos, habian obtenido sus *respuestas*. Poco dispuesto el siglo á investigar profundamente la autoridad racional de las encontradas opiniones de los jurisconsultos, recibió en una constitucion imperial de Valentiniano III la regla del valor y la preferencia respectiva que debia dar á sus opiniones.

Infecunda esta época para el adelantamiento del derecho bajo su aspecto puramente científico, vió grandes acontecimientos que influyeron de un modo considerable en la legislacion, y que han dejado huellas permanentes. La adopcion del Cristianismo por el emperador Constantino á principios del siglo IV, la traslacion de la silla del imperio á la antigua Bizancio, las colecciones de las constituciones imperiales publicadas sucesivamente con los nombres de *Códigos Gregoriano*, *Hermogeniano* y *Teodosiano*, y la invasion de los bárbaros en las provincias del Imperio, son hechos de grande importancia para la legislacion, pero en que no nos detendremos, porque no afectan inmediatamente al aspecto puramente científico, que es el de que tratamos. Solo si observaremos que de esta época arrancan las compilaciones de las leyes romanas arregladas por los bárbaros en sus establecimientos europeos: el edicto de Teodorico, rey de los Ostrogodos, pu-

blicado en Italia en el año 500, el *Breviario* de Alarico, ó la Ley romana de los Visigodos en 506, y el Código Papiano ó Ley romana de los Borgoñones en 517, están compuestos de las leyes de los antiguos jurisconsultos y de constituciones del Código Teodosiano.

A Justiniano I estaba reservada la gloria de publicar una obra legal completa para el Imperio de Oriente en los años 533 y 534, por cuyo medio se introdujeron despues en Europa el derecho y la civilizacion romana. Sin entrar en el exámen de esta célebre compilacion, cumple á nuestro propósito manifestar aquí, que por su carácter científico es el primer monumento que se presenta en la historia jurídica del mundo.

Si trazáramos en este lugar la historia general del derecho siguiendo el órden cronológico, deberiamos demostrar que, á pesar de la invasion y dominacion de los bárbaros, y de que muchas de sus costumbres vinieron á incorporarse en las leyes de los pueblos subyugados, el Derecho romano, ya proscrito terminantemente, ya tolerado, ya ejerciendo una influencia saludable, nunca pereció del todo, si bien se conservaba únicamente con el carácter de la ley de los vencidos: conviene, sin embargo, que dejemos sentado este hecho que tanto contribuyó despues á su renacimiento.

El siglo XII debia presentar un fenómeno único en la historia, tal era la resurreccion de las

leyes de un pueblo borrado ya del mapa político, que se elevaba, no solo para dominar de nuevo al mundo, sino para constituir una ciencia social. Nosotros sin detenernos en el mayor ó menor valor de los documentos históricos en que se funda el hallazgo de las Pandectas de Amalfi, ni en la influencia que pudo tener en el entusiasmo científico con que renació el estudio del Derecho romano, seguiremos el camino que nos parece debió conducir gradualmente á este resultado. Dejaremos aparte la literatura jurídica griega posterior al Imperio de Justiniano, que muy poca ó ninguna influencia tuvo en el renacimiento y en la direccion de los estudios de la Europa moderna. Las conquistas de Belisario y de Narses, la destruccion del reino de los ostrogodos en 554, la reduccion de la Italia á la obediencia de los emperadores de Oriente, y la creacion del exarcado de Rávena, introdujeron en Occidente las leyes de Justiniano, que á pesar de las conquistas sucesivas de los lombardos y de los francos, nunca llegaron á desaparecer totalmente. Estos restos en el siglo XI debieron preparar el camino á la fundacion de las escuelas de Roma y de Rávena, que pueden ser consideradas como precursoras de la célebre de Bolonia, viniendo de este modo á renacer la cultura del derecho en el país á que debia su nacimiento.

La escuela de Bolonia inauguró una nueva

época para la ciencia: entre sus profesores se distingue Irnerio (1), que dió un grande impulso á la direccion de los estudios jurídicos, y que preparó la dictadura intelectual que habia de ejercer. Las circunstancias le auxiliaban en su empresa: la vida activa, las necesidades nuevas, la extension del comercio, la multiplicacion de las transacciones de los pueblos lombardos, todo hacia insuficientes las leyes de los bárbaros, mezquinas en el movimiento general de la época, y allanaba el camino por donde debian venir las riquezas del Derecho romano.

En esta época nació la escuela de los glosadores, que á imitacion de Irnerio, comenzaron con interlineaciones á interpretar una palabra por otra y despues á poner glosas, ya marginales, esto es, notas al márgen, ya al pié de lo interpretado, las cuales contenian algunas cortas frases referentes á la doctrina ó á la gramática para explicar los pasajes oscuros, viniendo á ser una especie de comentario. Estos trabajos los alentaron á hacer otros mas atrevidos é importantes, que denominaron sumas, aparatos, casos, brocárdicos, ór-

(1) Al hablar de los jurisconsultos, no nos proponemos en este capítulo exponer su biografía, ni examinar sus trabajos, ni presentar el cuadro de los que en cada época florecieron, tarea que no cabe ni en el objeto, ni en los límites de nuestra obra; queremos solo hacer ligeras indicaciones de los que en cada siglo han contribuido en primer término á los progresos de la ciencia y á la direccion de los estudios jurídicos.

denes de los juicios, distinciones, cuestiones, disputas, ó á que dieron otros títulos semejantes (1).

Grandes son los servicios á que les somos acreedores; su amor á la ciencia, su actividad, la independencia de sus ideas no pueden oscurecerse por sus errores literarios é históricos; el Derecho, merced á sus desvelos, de un arte práctico pasó á ser una ciencia teórica, y sus estudios y su saber, llamando á Bolonia á una juventud ardiente y entusiasta, difundieron por toda Europa los conocimientos que mutuaban de los primeros sábios de la época.

Las universidades por este tiempo empezaron á florecer y á ejercer un grande influjo en el movimiento intelectual: necesarias entonces, porque la falta de libros hacia que casi toda la enseñanza debiera ser oral, dejaron toda la independencia y toda la libertad convenientes para que

(1) Llamaban *suma* á las indicaciones generales sobre títulos del Cuerpo del Derecho; *aparatos* á las glosas expuestas en forma de comentarios; *casos* á las colecciones de diferentes casos prácticos ya reales, ya supuestos á que aplicaban el derecho; *brocárdicos* (*brocarda*, *brocardica* ó *brocardi*) á las colecciones de adagios jurídicos; *órden de los juicios* (*ordines judiciorum*) á los tratados de procedimientos.

Las distinciones, cuestiones y disputas debieron su orígen á las discusiones y controversias orales á que se mostraban tan afectos y que ya se llamaban sabatinas, ya dominicales, segun el dia de la semana en que se celebraban, denominaciones que en las escuelas españolas han durado hasta nuestros dias.

el talento y el genio pudieran desarrollarse: ennobleciendo el saber, igualando á los hombres sábios con los de alto nacimiento por la institucion de los grados académicos, contrapusieron el principio científico al principio feudal, la sabiduría á la fuerza, la justicia á la opresion: así los hombres de la ciencia, nivelados con los que se ilustraban en las empresas guerreras, se prepararon á ser sus dominadores.

Por espacio de mas de un siglo (1) cada dia fueron mayores los progresos de la ciencia. Contribuyeron á aumentarlos la multitud de glosadores, la libertad de sus opiniones y las disputas que los dividian: estos trabajos nos han sido trasmitidos por Acursio, que los compiló y publicó añadiendo los suyos propios en el siglo XIII con gran crédito de su nombre y admiracion de sus contemporáneos (2).

Mas el derecho romano no fué el único oráculo jurídico en la época del renacimiento: á su lado se elevó el canónico, que si bien no podia hacer valer iguales pretensiones científicas, las tenia mayores de autoridad. Conveniente creemos

(1) Irnerio, fundador de la escuela de los glosadores, murió en 1140, y Odofredo, que fué el último jurisconsulto importante de ella, en 1267.

(2) Algunos preferian la glosa de Acursio al texto comentado, y lo decian sin rodeos: *malo pro me glosam quàm textum*.

recordar aquí lo ya indicado acerca de su introduccion. El cristianismo, habiendo creado nuevas relaciones jurídicas, tuvo necesidad de establecer reglas que las definieran: perseguido en los primeros siglos de nuestra era, no podia acudir á las autoridades temporales para que resolviesen las contiendas que se elevaban entre sus miembros en los asuntos relativos á la sociedad eclesiástica; de aquí dimanó que se decidieran en el seno mismo de la Iglesia. Abrazado el cristianismo por Constantino, las leyes mantuvieron y favorecieron la terminacion de los litigios por medio de árbitros, con arreglo al consejo del apóstol San Pablo, viniendo así los obispos á ejercer muy frecuentemente jurisdiccion en los mismos negocios meramente civiles. Justiniano despues eximió á los clérigos de la autoridad de los jueces civiles en materias temporales, y así sucesivamente fué ensanchándose la esfera de la jurisdiccion eclesiástica, y tomando el carácter general que llegó á tener en la edad media.

A fin de que el derecho canónico se estudiara en Bolonia al lado del romano, un monje benedictino, llamado Graciano, hizo en 1140 una compilacion canónica que oscureció á las demás que la habian precedido: comprensiva de todo el derecho de la Iglesia, fué lo que para el civil el Cuerpo de derecho de Justiniano; como este llegó á ser objeto de glosas y comentarios, y á pesar de

las inexactitudes y defectos que despues aparecieron, obtuvo el asenso general, y mereció adoptarse por base de enseñanza.

Entre nosotros ejerció poderosamente su influjo este movimiento general. A pesar de las obstinadas y contínuas luchas en que nuestros padres estaban envueltos para arrojar del territorio á los infieles, se levantó y empezó á florecer á principios del siglo XIII la universidad de Salamanca, sucesora de la escuela de Palencia, centro de donde habia de partir la luz que disipase las tinieblas de la ignorancia en aquellos tiempos de rudeza. A mitad del mismo siglo estaban tan difundidas en España, como en la misma Italia, las doctrinas de la escuela de Bolonia: así es que al formarse las celebradas leyes de Partidas, los principios del derecho de Justiniano y del decreto de Graciano fueron atendidos con exclusion casi absoluta de las antiguas leyes, de los fueros venerables y de las costumbres seculares de nuestra patria. Basta esto para que se conozca que al elaborarse bajo los auspicios del Rey Sábio el código mas científico de la edad media, estaban nuestros jurisconsultos á la altura de los conocimientos tenidos como mas avanzados en la época. Los maestros Jacome Ruiz y Roldan tan célebres en su época, considerados comunmente como jurisconsultos que tomaron parte en la formacion de las Partidas, por lo que se refiere á las coronas de Castilla

y Leon ya entonces reunidas, y en la de Aragon San Raimundo de Peñafort á quien Gregorio IX encomendó la compilacion que lleva el nombre de este Pontífice, y el Obispo D. Vidal de Canellas, que intervino en la compilacion de los fueros de Aragon y en la formacion de los de Valencia, son los jurisconsultos españoles mas ilustres del siglo XIII.

Bártolo, y su discípulo, sucesor y contradictor Baldo, empezaron á escribir en el siglo XIV comentarios sobre las obras del Derecho romano. Su escuela, llamada de los Bartolistas, sucedió á la de los glosadores; no atreviéndose á cambiar la senda que habian seguido sus maestros, fueron menos libres y menos independientes que ellos. La gran autoridad de la glosa de Acursio pudo contribuir á esto: los jurisconsultos, arrastrados por ella, prefirieron á estudiar los textos de la ley, seguir la opinion de los escritores, buscando con ánsia la que se consideraba como mas general, ó comun, que éra la frase elegida para expresarla al mismo tiempo que la dialéctica sutil y el método escolástico con sus divisiones y subdivisiones frecuentemente innecesarias hicieron menos claro y mas casuístico el estudio del derecho.

Aunque la escuela de los Bartolistas tuvo grande celebridad en su época y procuró contribuir eficazmente al adelantamiento científico del derecho, sus libros, oscurecidos por los trabajos pos-

teriores, están hoy olvidados, y solo sirven para indicarnos el camino que la ciencia se fué trazando sucesiva y laboriosamente. Arias de Balboa en la corona de Castilla, y Hospital en la de Aragon, fueron los jurisconsultos españoles que mas se distinguieron en este siglo.

Los tres siglos, de que acabamos de hablar, pueden ser considerados como la infancia de la ciencia en su renacimiento: limitados los jurisconsultos á una mera exégesis, no tomaban la altura á que se elevaron despues; circunscritos por su propia voluntad á glosar ó á interpretar, apenas entraban en otras consideraciones que en las que fluian del texto riguroso é inflexible de la ley; poco versados en el estudio de la literatura y de la historia, que aun no habia renacido, y envueltos en el escolasticismo, no podian dar la extension que estaba reservada en los siglos siguientes á los estudios jurídicos.

Menos notable en la historia de la ciencia es el siglo XV que los que le procedieron: no tuvo un jurisconsulto que, como Irnerio ó Bártolo imprimiese un carácter á la direccion de los estudios, á pesar del mérito indisputable de Paulo de Castro, hombre eminente por su claridad y erudicion, y que merecia tan alto concepto al célebre Cujas, que llegó á decir, que el que no tuviera sus obras, debia vender la túnica para comprarlas. Alfonso Diaz de Montalvo, compilador del

Ordenamiento Real y glosador del Fuero Real y las Partidas en la Corona de Castilla, y en la de Aragon el catalan Jaime Callis (Calicius) y el valenciano Pedro Juan Belluga, se distinguieron entre los demás jurisconsultos españoles del siglo XV. Palacios Rubios, perteneciente á la primera de estas Coronas, floreció tambien á fines de este siglo y á principios del siguiente.

Pero si bajo el aspecto puramente jurídico fué poco fecundo el siglo XV, en él empezaron á germinar los trabajos literarios y filosóficos que tanto debian contribuir despues á los progresos del Derecho. El descubrimiento de la imprenta, la destruccion del Imperio de Oriente, tomada Constantinopla por los turcos en 1453, y la influencia que tuvo este acontecimiento en la ilustracion de la Europa por los tesoros literarios que vulgarizaron los griegos emigrados, fueron causas que prepararon la revolucion que el siglo siguiente debia realizar.

Alciato es el primer jurisconsulto que, siguiendo la tendencia del siglo, dió distinta direccion á los estudios jurídicos. Muy versado en la literatura clásica griega y latina, penetró con su auxilio en el espíritu de los antiguos jurisconsultos y en el carácter de los tiempos en que habian sido escritas las diferentes leyes, sustituyendo á la oscuridad de las anteriores obras la claridad, y buenas formas literarias al estilo bárbaro hasta entonces usado. Asociando de esta manera al estudio del Derecho el de las bellas letras, popularizó con su erudicion la escuela de que podemos considerarle fundador. Aunque era jurisconsulto italiano, á él debe Francia en primer término la introduccion de los estudios teóricos, precediendo en las cátedras de Bourges á tantos ilustres profesores que las hicieron célebres en el mismo siglo. Entre estos descuellan principalmente Cujas y Donneau.

Pocos años despues de Alciato, aparece Cujas (Cujacius), uno de los principales ó quizás el primer intérprete del Derecho romano: habiendo leido, meditado y extractado los trabajos de los escritores que le habian precedido, vino á hacer inútil su lectura. Separándose del sistema de los antiguos, y creándose el suyo propio, no vió en las leyes de Justiniano un todo homogéneo, sino mas bien confundidas y aglomeradas las máximas de diferentes sistemas, y desfigurada frecuentemente la historia: por esto, reuniendo los esparcidos fragmentos de cada jurisconsulto de la antigüedad, trató de estudiar su espíritu, y la unidad de la doctrina que no encontraba en la compilacion de elementos tan heterogéneos. Filósofo, historiador, filólogo, crítico y de razon clara y vigorosa, puede ser considerado fundador de la escuela histórica del Derecho.

Al mismo tiempo otro célebre jurisconsulto,

Donneau (Donellus), por un camino opuesto, contribuia eficazmente á los progresos de la ciencia: considerando al Derecho romano como un sistema armónico, lo tenia como regla decisiva: elevándose á ideas generales, y utilizando y formando un todo de los fragmentos que con tanta diligencia separaba Cujas, componia tratados dogmáticos sobre las diferentes partes del Derecho; mas fuerte que Cujas en la interpretacion le era inferior en la filología y en la historia (1). La diferencia de estudios de estos dos grandes jurisconsultos los hizo rivales; la historia sin embargo reune sus nombres, y los recomienda á la gratitud de la posteridad.

Otro adversario de Cujas fué el célebre Bodin, que, afecto como Donneau á generalizar las ideas, miraba con poco aprecio las investigaciones exegéticas é históricas del primero. Merece especial mencion, porque debe ser considerado como el

(1) Por una singular anomalía, al mismo tiempo que era profundamente respetado en Francia el nombre de Cujas en los dos siglos anteriores, estaba casi completamente olvidado el de Donelo. No sucedia esto entre nosotros, en que por el contrario, Donneau era mas consultado que Cujas. Esto sucedia al menos en la Universidad de Alcalá de Henares, en cuya biblioteca era comun que los alumnos pidieran las obras de Donneau con objeto de prepararse para las academias dominicales y para los grados académicos, y rara vez consultaban á Cujas. Esto admite una explicacion: en aquella escuela se habia dado mayor importancia á la interpretacion del Derecho romano que al estudio de su historia, que estaba bastante desatendido.

fundador de la ciencia política entre los modernos, utilizando, dando extension, y colocando en mayor altura las ideas que Maquiavelo habia consignado al finalizar el siglo XV. La época naturalmente propendia á esta clase de estudios, porque no podian pasar sin dejar lecciones útiles de ejemplo y de enseñanza las grandes agitaciones de Europa, las guerras que la despedazaban, y el fanatismo é intolerancia de las sectas religiosas. Bodin, estableciendo principios, y deduciendo de ellos precisas consecuencias, dogmatiza y forma un sistema á que todo lo subyuga: sus seis libros *de república*, llenos de talento, de erudicion y de independencia, si bien poco metódicos, le dan lugar entre los primeros jurisconsultos, publicistas y filósofos de su siglo.

En el mismo siglo en que Cujas, Donneau, y Bodin florecian en Francia, empezaba Bacon en Inglaterra á granjearse un nombre inmortal. Bacon es uno de los primeros jurisconsultos que su patria ha producido: con conocimientos en casi todos los ramos del saber humano, uniendo en materias jurídicas las especulaciones teóricas á la práctica de los negocios, fué de los que mas ilustraron su época. Considerándolo nosotros únicamente como á nuestro objeto corresponde, debemos decir que trató mas bien la jurisprudencia bajo su aspecto práctico y político, que bajo el teórico y filosófico, viendo solo en el Derecho un

conjunto de leyes positivas, sin elevarse á las ideas abstractas y de justicia universal, que han sido el estudio de tantos otros jurisconsultos. La claridad y concision de su estilo, su buen juicio y el tacto delicado que distingue todas sus producciones, le conservarán por mucho tiempo el justo homenaje que hoy le tributamos.

Los jurisconsultos españoles mas notables de este siglo fueron, Gregorio Lopez, comentador de las Partidas; Antonio Gomez, el mas autorizado comentador de las leyes de Toro; Antonio Agustin, en quien competian los buenos estudios de literatura con los de jurisprudencia; Vazquez de Menchaca, que con excelente criterio penetró en muchas cuestiones de derecho natural y de gentes antes que Groot hubiera escrito su inmortal obra, y los aragoneses Molino y Sesse, que ilustraron con sus escritos la legislacion foral del país á que pertecian.

No fué menos fecundo en grandes jurisconsultos el siglo XVII que el que le habia antecedido. Los nombres de Groot, de Pufendorff, de Leibnitz y de Vinnio, nos hacen apartar la vista de Italia y de Francia para fijarla en Holanda y en Alemania, en donde la ciencia se presenta con todo su vigor y lozanía.

Groot (Grotius) es uno de los mas sábios publicistas de la Europa: jurisconsulto y filósofo, imprimió un carácter especial á los estudios jurídicos. Puede decirse que fué el primero que intentó establecer una teoría general de derecho, distinguiendo las relaciones necesarias de los hombres de las que son efecto de las exigencias y necesidades de los Estados. A él se debe la separacion del derecho natural, de la moral y de la teología, como hemos dicho en los capítulos anteriores. Su obra *de jure belli et pacis*, de que ya hemos hablado, cuya mayor parte es un tratado de derecho natural, le atrajo el aprecio y la veneracion de sus contemporáneos, y fué aceptada en Europa como la expresion fiel del derecho de gentes, viniendo á ser el libro de los publicistas y de los reyes. Nosotros, que ya en otros lugares le hemos considerado como fundador de la ciencia del derecho natural y de gentes, concluiremos esta ligera reseña diciendo con Leibnitz: «Groot era de muy grande saber y de sólido talento, más no tan filósofo como se requiere para tratar con toda la precision necesaria las materías útiles de que escribia.»

Casi al mismo tiempo que Groot en Holanda, Selden establecia en Inglaterra la teoría del derecho natural y de gentes. Siguiendo el espíritu de los que le habian precedido, buscó en la ley de los hebreos el tipo del derecho natural: y menos filósofo que jurisconsulto, no atinó como Groot á separarlo de la teología, aunque distinguió los preceptos universales del derecho natural, de los

políticos qne se referian solo al pueblo de Israel. Cabríale la gloria de haber adelantado la ciencia, si Groot en otro pais no le hubiera precedido dando á esta mas considerable impulso.

Para explicar las doctrinas de Groot, aunque discordando de él en puntos capitales, como dejamos dicho, sube Pufendorff en Heidelberg á la primera cátedra que se abre de derecho natural y de gentes. Careciendo de los talentos de su predecesor, no hizo adelantar mucho á la ciencia, á pesar de sus laboriosas tareas: su fama es debida, mas á la posicion en que le colocó su época, que á la excelencia de sus trabajos.

Pocos hombres aparecen en el mundo con una reputacion científica tan vasta como Leibnitz. La universalidad de sus conocimientos y de sus talentos le hacen célebre como teólogo, como jurisconsulto, como filósofo y como matemático. Como jurisconsulto, único aspecto bajo el que nosotros debemos considerarle, es uno de los maestros que mas han ilustrado la ciencia. Comprendiendo todas sus principales cuestiones, de las puramente teóricas desciende á las de aplicacion: investigando la naturaleza filosófica, esto es, la raíz del derecho, la deduce del Ser Supremo, justo por esencia; trazando un método para aprender y enseñar la jurisprudencia, ensancha sus límites, y la considera bajo los diferentes aspectos de didáctica, histórica, exegética y polémica, aplicándolos y desenvolviéndolos con una razon fuerte y vigorosa: entrando en la codificacion, manifiesta al lado de las preciosidades del Derecho romano, los defectos de que adolecen sus códigos, y el modo de subsanarlos. En todo lo que trata dá muestras del talento superior, de la inteligencia privilegiada que todos sin contradiccion le reconocen, y que le señalan uno de los primeros lugares entre los escritores alemanes.

Por diferente rumbo, Arnoldo Vinnen (Vinnio) en Holanda contribuyó en el mismo siglo á los adelantamientos de la ciencia. Siguiendo el camino que los célebres comentadores y tratadistas del Derecho romano habian trazado en el siglo XVI, dejó un nombre ilustre, y un libro que por muchos años ha tenido considerable influencia en la enseñanza, y que ha gozado de gran predicamento en las Universidades de nuestro país siendo la obra elemental, el primer maestro de los jurisconsultos españoles durante mucho tiempo: así es que todos tributan á su autor el aprecio que merecen sus tareas, y la veneracion que excita el magisterio.

Menos influencia que Vinnio ha ejercido en España el jurisconsulto francés Domat, que floreció en la última mitad del siglo XVII. Sus notables y preciosos trabajos imprimieron un carácter especial en la direccion de los estudios en su patria, que se dejó sentir poderosamente cuando á

principios de este siglo se formó el Código civil bajo los auspicios del genio que presidia entonces los destinos de la Francia. De él decia el ilustre canciller D'Aguesseau: «Nadie ha profundizado mejor el verdadero espíritu de la legislacion: desciende hasta las últimas consecuencias, las descubre con una precision casi geométrica, y recorre todas las diferentes clases de leyes, y los caractéres que las distinguen. Su obra es el plan de la sociedad civil mejor acabado que se ha escrito; la he mirado siempre como una obra preciosa que he visto crecer y casi nacer entre mis manos.» Estas palabras hacen supérfluo lo que aquí pudiéramos decir de un jurisconsulto que por su método y por la generalizacion de sus ideas se ha distinguido tan ventajosamente.

Menos son en número y en importancia los jurisconsultos españoles del siglo XVII que los del que le precedió, que hayan dejado nombre en nuestra patria. Paz, Villadiego, Salgado y Ramos del Manzano, son los que mas se distinguieron.

Pothier, cuyas doctrinas y método influyeron tanto ó mas que las de Domat en la formacion del Código civil francés, es el primer jurisconsulto del siglo XVIII que debemos mencionar. Los títulos acerca de los contratos que comprende este célebre monumento, no son mas que un análisis de los tratados que acerca de las mismas materias escribió Pothier. Menos estudiado entre nosotros que Domat, y aun desconocido por la mayor parte de los juristas, es digno de ser leido y meditado. Siguiendo el órden de los libros y títulos de las Pandectas, las explicó con buen discernimiento, dando á los textos un órden mas natural y mas lógico, y utilizando los trabajos del siglo XVI.

Entre los jurisconsultos del siglo XVIII debemos dar un lugar especial al célebre aleman Heineccio, que creándose un estilo propio, brillando por su precision, erudicion, claridad y encadenamiento de las ideas, y aprovechándose de todo lo mejor que se habia escrito antes, hizo servicios importantes á la ciencia. Sus obras, mas populares en los ultimos tiempos entre nosotros que las de ningun otro jurisconsulto, son y serán aun por largo tiempo leidas con placer y con provecho, á pesar de que un siglo fecundo en acontecimientos y en progresos nos separa del ilustre jurisconsulto de Hall. Este crédito incontestable, que reputamos justo, nos induce, saliendo si se quiere del principal objeto de este capítulo, á advertir la conveniencia de que al estudiar sus obras tengan presentes los jóvenes los descubrimientos de nuevos textos que han enriquecido á la ciencia, y los adelantos que esta ha hecho en sus teorías; por lo que seria de desear que un jurisconsulto hábil tomase sobre sí el cuidado de anotarlas y comentarlas como parcialmente lo han intentado con sus

antigüedades del Derecho romano, Haubold y Mühlenbruch en Alemania.

Vico, al que por una fatalidad inconcebible no se tributó por mucho tiempo el lugar que le correspondia, refleja en los estudios su carácter sombrío, melancólico y religioso. Historiador y filósofo á la vez, armoniza el elemento racional y el histórico, hace descender lo existente de lo justo, explica las acciones humanas por las leyes del pensamiento, y separándose de Groot y Pufendorff, en vez de la abstraccion de la razon del hombre, considera como la base del derecho natural la voluntad de la Providencia, atestiguada por la historia y por el consentimiento de los pueblos. Justo es que la generacion actual dé á sus profundas investigaciones toda la importancia que merecen.

Pocos años despues que Vico habia dejado de ilustrar la Italia, Montesquieu abrió en Francia con su *Espíritu de las leyes* una nueva senda que debió después ser seguida por otros. Derivando el principio del derecho de una razon primitiva, lo separa de las leyes positivas, porque sin estas habria relaciones posibles de justicia: en su concepto decir que lo justo y lo injusto dimanan del precepto del legislador, equivale á suponer que antes de trazarse el círculo no eran iguales sus radios. Dotado de un talento profundo, de una imaginacion brillante y de un tacto esquisito, entra

Montesquieu en la historia de todos los pueblos, examina sus costumbres y sus leyes, y concluye que estas deben apoyarse en la historia y en la filosofía: todo adquiere animacion y vida en su pluma casi siempre imparcial, y la actual generacion le tributa el homenaje de justicia que no le otorgaron todos sus contemporáneos.

Despues de Montesquieu, tanto por el órden cronológico como por las doctrinas, debemos hablar de Filangieri y de Beccaria. Guiados de su amor á la humanidad, dieron lecciones á sus coetáneos, y pidieron y esperaron reformas de los Gobiernos, el primero en su *Ciencia de la legislacion*, y el segundo en su *Tratado de los delitos y las penas*, obras en que dan muestras de su talento superior. De grande popularidad por mucho tiempo, son los dos publicistas mas notables de su siglo en Italia, y aunque no profundos filósofos, llenaron el cometido que su época les señalaba.

Pero el que en el siglo XVIII debia exceder á todos en influencia, el elegido en Alemania para reemplazar como filósofo y jurisconsulto á Leibnitz, es Kant. Su sistema de derecho está basado en su filosofía. Distinguiendo Kant la razon especulativa de la razon práctica, sienta que por esta el hombre viene en conocimiento de su libertad, y la libertad exterior es el fundamento de su metafísica del derecho. Las acciones libres del hombre caen bajo el imperio de la moralidad y de la

legalidad: bajo la moralidad, por los motivos que las determinan; bajo la legalidad, por su conformidad con la ley. Por consecuencia de este principio, el hombre tiene el derecho de hacer respetar su libertad, pero al mismo tiempo está en relaciones con otros hombres libres como él: de aquí es, que al lado de los derechos hay obligaciones, para cuya existencia deben concurrir la necesidad de la accion y la libertad del agente. Así el derecho es en su sistema *la reunion de condiciones por las cuales la voluntad de un hombre se pone en relacion con la de otro bajo la ley comun de la libertad*. Deriva el principio de la penalidad de la justicia misma, no de la utilidad que al hombre ó á la sociedad puede resultar del castigo. Las doctrinas de Kant fueron enseñadas en todas las universidades de Alemania, y adquirieron grande autoridad, que aun no han perdido del todo.

El siglo XVIII termina con un gran jurisconsulto que inaugura el XIX: el inglés Jeremías Bentham, quien, proclamando el sistema sensualista, crea una escuela célebre por sus servicios, por sus aciertos y por sus errores. Sus trabajos se extienden tambien á la parte externa del derecho, esto es, á los procedimientos: materia en la que es menester hacer justicia á su gran superioridad, al tino y energía con que combate el empirismo y las prácticas, que solo pueden encontrar apoyo en el interés ó en la ignorancia. Pero

al tratar de investigar el principio del derecho, se olvida de la naturaleza humana, rechaza la historia, y arrastrado por un materialismo inflexible, solo respeta á la virtud como un bien por los placeres que produce, y reprueba al vicio, como un mal por los dolores que causa: así el bien y el mal moral solo lo son en su sistema por su tendencia á producir bienes y males físicos: idea algun tanto atenuada cuando dice, que por placeres y males físicos comprende del mismo modo los que afectan al alma que los puramente sensuales. Consecuencia de este modo de ver es, que el derecho solamente sea para él la creacion de la ley, y que considere al legislador en la omnipotencia de crearlo todo con independencia de las trabas de un derecho preexistente, que relega al país de las quimeras, si bien debiendo obedecer al principio de utilidad, del que dice no haber sido desarrollado ni seguido completamente por ningun legislador, aunque ha penetrado en las leyes por su alianza ocasional con el principio de simpatía y antipatía. No es de nuestro propósito combatir aquí su sistema: dejando esto á quienes propiamente incumbe, nos ceñimos á señalar el lugar que le corresponde en los fastos de la ciencia, y prevenimos el ánimo de los jóvenes para que estudien con cautela sus doctrinas, ya que sus obras son apreciadas justamente en nuestra patria.

Varios son los jurisconsultos españoles que se distinguieron notablemente en el siglo XVIII. Los que mas han sobresalido son Mayans y Siscar, que nos ha dejado testimonios de sus profundos conocimientos en derecho romano y pátrio; Finestres, cuyas obras sobre el derecho romano gozan de justisima reputacion aun en nuestros dias; Macanaz y Campomanes que con celoso afan procuraron fijar los límites entre el poder temporal y la Iglesia, y Asso y de Manuel que asociaron sus nombres para importantísimos trabajos histórico-jurídicos que nos legaron, y para unas Instituciones del Derecho civil de Castilla y de Aragon, obra la mas importante de su clase que habia visto la luz pública al comenzar el siglo que vivimos. Al mismo siglo XVIII y primer tercio del actual corresponden Jovellanos, que tanto acreditó sus conocimientos jurídicos y económicos, especialmente en su célebre Informe sobre la Ley Agraria; Sala, cuyas obras hasta hace pocos años han guiado los primeros pasos de la juventud española en el estudio del Derecho; Martinez Marina y Sempere y Guarinos que tanto han adelantado los estudios históricos del Derecho español; y Llamas y Molina que en su Comentario á las leyes de Toro dió pruebas de su constancia en el estudio, y que puede considerarse como el último jurisconsulto de una escuela que habia dejado de existir muchos años antes de que publicara su obra.

Hemos llegado á una época célebre por las investigaciones históricas y por los estudios filosóficos: el siglo en que vivimos dejará grandes recuerdos en la historia de los progresos de la ciencia. No es nuestro ánimo entrar en una enumeracion de los escritos jurídicos y jurisconsultos contemporáneos: muchos de estos, que aun viven, se han granjeado ya un nombre distinguido; pero no ha llegado todavía para ellos la hora imparcial en que deben ser juzgados. La posteridad, mas competente, mas ilustrada sin duda que nosotros, pronunciará su juicio, que hoy seria anticipado. Limitémonos, pues, á dar una ligera idea de la tendencia de estos estudios.

La *escuela histórica* alemana puede decirse que ha nacido con el siglo. Deudora en parte á los trabajos que al fin del anterior hizo Hugo, reconoce por jefes á Savigny y á Niebuhr, cuyos talentos brillantes y profundos le han dado principalmente direccion y colorido. Una cuestion á la vez científica y política promovió discusiones mas animadas que imparciales, pero que en último término debian ser fecundas en resultados. Thibaut, jurisconsulto erudito, y que con criterio y buen juicio habia escrito algunos tratados, intentó persuadir que era conveniente á toda la Alemania tener un código comun, que, recogiendo las lecciones de lo pasado, y aglomerando las riquezas y progresos de la ciencia, proporcionase

al país una justicia uniforme y constante, dejando á la erudicion la mas absoluta independencia. Esta proposicion fué la señal de una guerra científica y literaria en que se empeñaron muchos talentos de los mas distinguidos de la época. Savigny fué el primer adaliz que combatió á Thibaut: conocido ya antes por un tratado sobre la posesion, que es quizás el mejor libro exegético y dogmático del Derecho romano que se ha escrito en las dos últimas centurias, dió entonces á luz su *Vocacion del siglo á la legislacion y á la jurisprudencia*, que puede considerarse como el programa de su escuela. Sentando desde luego que á las doctrinas de perfeccion indefinida y universal de la última mitad del siglo XVIII, y á los deseos de códigos nuevos, precisos y abstractos habia reemplazado el sentimiento de la historia y de la realidad, impugna la estrecha teoria de los que opinan, que sin un código completo y uniforme, un país está abandonado á las costumbres. Remontándose á la historia primitiva de los pueblos encuentra que su Derecho civil tiene un carácter propio y determinado, como lo tienen tambien su idioma, sus costumbres y su constitucion política, y que sin libros y tratados, los vínculos de familia y las relaciones de propiedad se manifiestan con energia por actos simbólicos, drama en que se presentan la conciencia y las ideas nacionales, hasta que creándose el elemento técnico

da lugar á que los jurisconsultos comenten lo que antes ya tenia una existencia positiva. Los códigos son en su opinion un programa legal, en que el Estado trata de abolir todo lo que no es él: para promulgarlos con utilidad es menester buscar la época, que no es la que alcanza, en que la ciencia esté en el mas alto grado de desarrollo, porque un código no debe contener mas que principios de los cuales se deriven las decisiones, viniendo á ser así el Derecho como la geometría, que subsiste por puntos fundamentales que debe despues desenvolver el jurisconsulto. Así solo en el apogeo de la ciencia deben formarse los códigos; mas entonces no se conoce su necesidad, porque los siglos poderosos preven rara vez que una generacion débil puede sucederles. Despues de haber manifestado que en la juventud de un pueblo, aunque hay conciencia del derecho, la lengua es pobre y ruda, y que las formas lógicas y artificiales no existen aun, como aparece de las Doce Tablas, fijándose en la historia del Derecho romano, atribuye el estado brillante de la jurisprudencia en el siglo III de nuestra era á los trabajos que le precedieron. Los romanos respetaron á la vez la antigüedad, y admitieron reformas importantes: los cambios están siempre al lado de las costumbres de sus mayores; nada destruyen violentamente; nunca hacen escision con lo pasado; son á un tiempo innovadores ilustrados

y religiosos amantes de la antigüedad. En esta época floreciente no se pensaba en códigos, á pesar de que dos siglos antes, esto es, en la infancia de la ciencia, habia tenido este pensamiento Julio César, pensamiento que se realizó en el siglo VI cuando todo era corrupcion y decadencia: entonces se publicaron casi en tropel los códigos de Teodorico, Alarico, el Papiano y los libros de Justiniano. Así Savigny inauguró la escuela, que primero en una animada lucha, y despues con tareas mas pacíficas, habia de adquirir tanta importancia y ser seguida por muchos jurisconsultos. El descubrimiento de monumentos científicos que se habian perdido en los siglos medios, vinieron á auxiliar oportunamente sus trabajos.

Al mismo tiempo la jurisprudencia criminal presenta escelentes escritores que han seguido el camino racional y científico en que Kant buscó el fundamento de las penas: otros han ideado diferentes sistemas, y así se han multiplicado las teorías, no faltando quien se haya adherido al sensualismo. La Francia tambien nos está ofreciendo hoy progresos importantes en este ramo de la ciencia.

En los estudios vastos y profundos de la Alemania, en el inagotable número de sus concienzudos escritores, no hay parte de la ciencia que quede sin exámen, no hay teoría que no se des-

envuelva, que no se discuta, que no se contradiga. Al lado de la escuela histórica se presenta la escuela filosófica, que con maestría y vigor reclama los derechos y el lugar que le corresponde en la jurisprudencia. Largo fuera, y poco conforme á nuestro propósito y aun menos adecuado á los estudios prévios de los que empiezan el del derecho, entrar á examinar los sistemas y la influencia de Fichte, de Schelling, de Hegel y de Krausse; de aquí dimanan las teorías de la filosofía del derecho, que ha venido á ser una ciencia particular, de que hemos hablado por incidencia al tratar del derecho natural.

Lejos nosotros de estas contiendas, conocemos la necesidad de unir los estudios históricos y los filosóficos en la jurisprudencia; deseamos que unos y otros sean objeto de los trabajos de los que en España dedican á ellas sus vigilias, y que algunos de nuestros escritores, saliendo del círculo de los estudios prácticos, den á la ciencia el culto que se le debe, y nos hagan entrar en un campo de que, con poca gloria nuestra, hemos sido meros espectadores.

Nuestra época puede jactarse con fundamento citando los nombres de ilustres jurisconsultos que en los países extranjeros y en el nuestro la enaltecen. Repetimos que aun no es tiempo de juzgarlos, y que la posteridad imparcial y severa calificará los servicios que hayan hecho á la ciencia.

CONCLUSION.

Hemos recorrido sucintamente la nomenclatura, divisiones y progresos del Derecho, y este exámen rápido habrá persuadido á los jóvenes de la gravedad, de la importancia y de la extension de la ciencia á que se dedican. No pretendemos aterrarlos en el vestíbulo; por el contrario, les animamos enseñándoles un camino, que, si bien es largo, no presenta obstáculos invencibles para la aplicacion, la constancia y el talento. Pero les debemos decir toda la verdad; si no lo hiciéramos faltaríamos al deber que nos impone el cargo que voluntariamente hemos tomado: estudiar las leyes superficialmente, es no estudiarlas, es engañar á la sociedad, que suponiendo en nosotros conocimientos profundos, nos reviste de la alta dignidad de jueces; es burlar á los particulares, que confiados en nuestra pericia nos vienen á poner en las manos su libertad, su honor, sus bienes y hasta su vida. Profesion noble, grande y altamente humanitaria y moral es la del jurisconsulto; pero por lo mismo requiere mas sólidos, mas filosóficos y mas profundos conocimientos, que elevando su alma, les inspira amor á la justicia y respeto á todos los derechos. Sigan, pues, los jóvenes el camino que les han trazado tantos ilustres jurisconsultos que han honrado el magisterio,

la magistratura y el foro; para que así, como dice el orador romano, sean útiles á sí mismos y á sus amigos, y correspondan á las esperanzas de la patria.

Pero no basta la ciencia: tanto ó mas esenciales que ella son para el jurisconsulto la probidad y el valor. El hombre que está llamado á erigirse en juez de sus iguales, el que tiene el sublime cargo de ser la voz viva de la sociedad reclamando el cumplimiento de las leyes, el que ha recibido la investidura de defender los derechos de sus conciudadanos, debe sostener con el ejemplo la dignidad de sus funciones. La justicia era representada entre los antiguos bajo la forma de una deidad, y sacerdotes de la justicia son aun llamados los jurisconsultos. Como sacerdotes, pues, démosle un culto interno, y arraiguemos en nuestras almas la grande abnegacion que necesita su ministerio; hagámonos superiores á las sugestiones de la ambicion y á los estímulos de la avaricia: no olvidemos que, segun decian los jurisconsultos romanos en su estoicismo, la justicia tambien es una virtud moral; porque esto es, y ya lo dejamos indicado, lo que quiere decir la *constante y perpétua voluntad de dar á cada uno lo que le pertenece*. Tengamos, pues, el valor civil que es necesario en los dias turbulentos que alcanzamos, ese valor que hace á los hombres superiores á los gritos de los partidos, á los alari-

dos de las facciones, y á los halagos y á las persecuciones del poder. Dejemos aumentados para la imitacion de nuestros sucesores los ejemplos de ilustracion, de probidad y de virtud que nos legaron nuestros antepasados. A los que no tengan para ello la necesaria elevacion de alma, diremos:

¡Procul, ò procul este, profani!



ÍNDICE.